This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

**Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

**About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 202 776

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY

Received Feb. 28, 1907

Digitized by Google

Digitized by Google

# Die praktische Rechtsschule

im

## Entwicklungskampfe mit den bisherigen doktrinären, historischen und Natur-Rechtsschulen.

---

Versuch eines Nachweises einer principiellen Berechtigung des praktischen **Civil**rechts auf praktischen wie theoretischen Gebieten, u. a. der Civilrechtsprechung des heutigen deutschen Reichsgerichts 2c. 2c.

von

**Dr. Karl Joseph Seitz.**

---

**Zweite völlig umgearbeitete und vermehrte Auflage**

zugleich bezüglich der früheren Schrift des Verfassers: „Das praktische Bedürfnis der Rechtsreform gegenüber der historischen Schule".

**München 1895.**

J. Schweitzer Verlag (Jos. Eichbichler).

Digitized by Google

# Glossen.

„Die geschichtliche Schule nimmt an, der Stoff des Rechts sei durch die gesammte Vergangenheit der Nation gegeben".

(Savigny, Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissenschaft 1815 I S. 6.)

* * *

Die praktische Consequenz der historischen Rechtsschule: An die Erde.

(Interlinearglosse; zwischen den Zeilen zu lesen):

Mutter, warum Du noch jetzt vergeblich doch Sonnen umkreisest?
Steh' beim „Vergangenen" still, folge der „Schule" Gesetz!

* * *

(Eigenhändige Randglosse der Mutter Erde):

Kreuzen nicht Sterne die Bahn? — Du träumest wohl gar a priori,
Tochter! — Erfahr' das Gesetz: Scherben sonst würden aus mir!

Rec. Feb. 28, 1907

Alle Rechte vorbehalten.

Digitized by Google

Regula est — non ut ex regula jus sumatur; sed ex jure, quod est, regula fiat.
(Paulus l. 1 D R.I.)

# Vorwort.

Was ist ein praktisches, real geltendes Recht? — Die Frage kehrt in jeder Rechtsdisciplin wieder; (§ 3, S. 266 f., § 4 C S. 410 ff.): und trotzdem hat sie noch keine derselben sich offen beantwortet! Dies praktische Recht ferner beherrscht, — thatsächlich wenigstens, stillschweigend und concludent, — allein von jeher das Civilrecht einer gesammten Culturwelt! (§ 3 I, § 1 S. 66 ff.): So dereinst die ganze Theorie und Praxis des classischen Rom; alsdann die gesammte nachrömische Praxis; auch unsere höchsten Gerichtshöfe und von jeher das deutsche Reichsgericht; jetzt auch Theorie und Praxis des gesammten Auslandes; seit Windscheid und andern ist es endlich im Präjudize, thatsächlich wenigstens, jetzt auch wieder in die besseren Pandekten und Lehrbücher des d. Privatrechts unserer deutschen Doktrin zurückgekehrt: Und trotzdem wird dieses reale Recht in nachrömischer Zeit seit der mittelalterlichen Glosse von wechselnden doktrinären Rechtsschulen fortwährend theoretisch zum Theil fanatisch bekämpft; unlängst erst auch von einem allerdings abnormen Theile unserer Praxis selbst! — — Deshalb wird endlich unsere Frage geboten sein: Was ist ein solches, wissenschaftlich unbekanntes, praktisches Recht? Ist es juristisch berechtigt? Die Frage wird ebendeshalb jetzt die gewichtigste Grund- und Tagesfrage des Civilrechts unserer Gegenwart: für Theorie und Praxis gemeinsam sein müssen. Denn wenn diese beiden letzteren jetzt im Präjudize des Civilrechts dies real geltende Recht wieder thatsächlich allein und vereint anwenden, so wird es wohl auch deren gemeinsame Aufgabe sein, die Berechtigung oder Nichtberechtigung dieses thatsächlich allein geltenden Rechts zu ermitteln!

Die Antwort aber auf diese unsere Grundfrage wird im Verlaufe unserer Untersuchungen lauten müssen: Dies praktische Recht ist ein „anderes", als das, unserer beiden bisherigen Rechtsschulen!



Digitized by Google

Dasselbe ist dasjenige quellengemäße, geschichtlich lebende Recht, welches den Inhalt der beiden bisherigen Rechtsschulen, den Geist des Naturrechts und den Körper einer Geschichte organisch ebenso unwillkürlich und nothwendig in sich vereinigt, wie ein Leben des Menschen überhaupt von Geist und Körper bedingt ist! Dieses geschichtliche Recht lebt und bewegt sich so nur, wie jede sonstige Geschichte! Sein Leben, sich Bewegen, Gelten und Herrschen ist so beispielsweise nur ein ähnlich unwillkürliches, wie das der bekannten Gleichnisse Savigny's: Es herrscht, gleichwie eine herrschende Sitte, Sprache und Verfassung jedes einzelnen Volkes uns unwillkürlich zwingt! Weil dieses Recht aber so einen Geist und einen Körper in sich vereinigt, ist es ebendeshalb einmal in seiner einen Hälfte schon nothwendig ein anderes, als das unserer Naturrechtsschulen, welche alles Recht einseitig aus Geist oder Vernunft allein, ohne Rücksicht auf reale Geschichte „machen" zu können wähnen. Aber auch nothwendig ganz ebenso zweitens in seiner anderen Hälfte ein anderes, als das, unserer bisherigen historischen Rechtsschule Hugo's und Savigny's, weil diese alles Recht umgekehrt wieder nur einseitig in dem Körper einer vergangenen Geschichte ohne jedes geistige, naturrechtliche Schaffen bereits fertig gegeben wähnten! Dies praktische Recht wird sich so als anderes erzeigen müssen, im Vergleiche zu unseren beiden bisherigen Rechtsschulen: sowohl in seinem praktischen Detail (§ 2 I 2 S. 192), als in seinen leitenden Principien! (§ 1, 5 III a. E., § 6). — Zugleich aber wird sich uns in der Folge seine alleinige Berechtigung formal schon aus einem einfachen Grunde ergeben: Daraus, daß dies Recht in strengster Weise allein den sämmtlichen positiven Rechtsquellen: des Gesetzes, Gewohnheitsrechtes und der inneren Rechtsgründe, gehorcht; während doch unsere beiden bisherigen Rechtsschulen thatsächlich nur immer einzelnen dieser Rechtsquellen folgen. — Hieraus allein schon wird sich uns vorläufig das Walten und Gelten unseres praktischen Rechts durch den Verlauf von Jahrtausenden, von Rom bis auf die Gegenwart erklären! Aehnliche Gründe aber werden wohl auf unser Rechtswissen allmälig so mächtig einwirken müssen, als wollte dies Recht schließlich den Satz eines Herder an sich verwirklichen: Soll Dir der Menschen Lob wahrhaftig Ehre bringen, erschmeichle Dir es nicht, Du kannst Dir es erzwingen! Denn wohl beide bisherige Schulen sind einseitig: revolutionäre Extreme!

1. Die öffentliche Meinung der Gegenwart. — Der Geist unserer Zeit, unsere „Entwicklungsstufe" nach Stintzing (§ 8 S. 601), zeigt ein Drängen auf eine, mehr praktische Jurisprudenz; eine, im Gesammtleben unserer Nation begonnene Richtung auf praktische Ziele! So ist wohl dieser Zeitgeist unserer Aufgabe nicht abhold: Denn es spricht für die Nothwendigkeit einer Reform unserer Rechtswissenschaft im praktischen oder realistischen Sinne wohl schon geradezu eine öffentliche Meinung! — Auffälligerweise erscheint zwar im Civilrechte gerade im Momente das Gros unserer Praxis mehr

Digitized by Google

befriedigt, welche in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts doch noch schwer über Trennung von Theorie und Praxis, d. i. über eine unpraktische Theorie und unpraktische Lehrbücher klagte. Diese nämlich findet jetzt seit Seuffert's Archiv wieder zahlreiche Aufzeichnungen und seit Windscheid sogar systematische Sammlungen ihrer eigenen praktischen Präjudizien selbst seitens unserer Doktrin. Dieses materiell wahre Recht aber genügt ihr vollauf, ohne daß sie jetzt mehr Ansprüche auf eine Form erhebt. (§ 4 B). Ein Druck auf dieselbe seitens unserer, früher zum Theil romantisch fanatisch wirkenden historischen Rechtsschule während eines Jahrhunderts (§ 3) hat ja leider bewirkt, daß sie Ansprüche auf eine formal vollendete und so auch wissenschaftlich geachtete, praktische Rechtswissenschaft, nach classischem römischen Vorbilde etwa, resigniert nahezu aufgegeben! Sie scheint zur Zeit zufrieden, wenigstens den casuistischen Inhalt ihres Präjudizes aus den Stürmen einer Aprioristik gerettet zu haben! — Merkwürdigerweise aber sieht sich wohl durch die nähere Bekanntschaft mit dem Präjudize jetzt umgekehrt mit Grund unsere, zwar nicht mehr thatsächlich, wohl aber theoretisch noch immer durch jene historische Schule und ihre Idee der Geltung eines bloßen „vergangenen" Rechts beherrschte Doktrin mehr und mehr beunruhigt! Sie sieht jetzt, wie fortwährend in unserer Praxis und immer wieder von Neuem andere Präjudizien auftauchen, als eben das „vergangene", rein römische ꝛc. Recht; Rechtssätze, von welchen bisher doch eigentlich niemand so recht weiß, von wannen sie kommen und wohin sie vielleicht, zu guter Stunde, fast ebenso rasch wieder zu verschwinden pflegen: Sie sollte nun alle solche wechselnden Präjudizien in ihre Lehrbücher aufnehmen, ohne zu wissen, warum, und trotz ihres bisherigen historischen Schulprincipes von dem alleinigen Gelten eines Rechtes einer „gesammten Vergangenheit"? Auch in ihr werden daher mehr und mehr Befürchtungen deutlich vernehmbar: über die Unzulänglichkeit ihrer bisherigen Rechtswissenschaft; darüber, daß diese jene überreiche Rechtsbildung der realen praktischen Gegenwart sich einerseits weder zu erklären, noch sie technisch zu bemeistern, geschweige sie zu beherrschen versteht! Auch bei ihr beginnt so jetzt längst anderseits ein Begreifen, zu welchen Extremen und Abgründen ihre eigene, einseitige Aprioristik geführt, sobald sie sich bisher von diesem realen Leben getrennt: Bald eben zu dem subjektiven Umstürzen: des geistig alles neuschaffenden „Naturrechts", bald aber umgekehrt zu unwahrem, schadenbringendem Leichengifte des, zum Theil nicht mehr gegebenen Rechtes einer gesammten, antiquarischen Vergangenheit: „einer historischen Schule"! Auch sie sehnt sich deshalb wohl längst im Geheimen nach einem endlichen positiven Maßhalten und einer Klarheit zwischen denselben Extremen, welche doch das real geltende Präjudiz der Praxis — leider nur concludent nach noch unbewußten Gesetzen — organisch vermittelt! So beginnt schon jetzt allmälig auch unsere neueste Doktrin einen Rubikon der doktrinären Schulgrenzen der beiden extrem revolutionären Schulen, wie

Digitized by Google

unbewußt mehr und mehr, zu überschreiten: Nicht blos casuistisch, im aufgenommenen Präjudize, sondern selbst auch schon in ihren „Principien", welche weder mehr blos historisch noch auch ausschließlich naturrechtlich erscheinen werden! (§ 3 IV 2). Von deren leuchtendsten, vorurtheilsfreiesten Geistern aber erschallen ebendeshalb bereits offene Rufe: Es muß besser werden in unserer Rechtswissenschaft. Erinnern wir uns doch nur an einen E. J. Bekker, (Ernst und Scherz über unsere Rechtswissenschaft, Leipzig 1892). Wie groß eben in der allgemeinen Ueberzeugung der Unterschied gegen früher bereits jetzt ist, zeigt wohl der Umstand: Während 1790 beispielsweise noch ein Hugo, der Gründer der historischen Schule, Rechtsdarstellungen umsomehr wissenschaftlichen! Werth zuerkennt, je „weniger sie praktischen" haben, ersieht nach einem Jahrhundert jetzt umgekehrt dankenswerth ein Regelsberger (Pand. 1893, § 7 S. 33) bereits in der Vereinigung der beiden Richtungen unserer „Theorie und Praxis" das „Ideal für eine wissenschaftliche Pflege des Rechts". Der bisherige „Wechsel" der Richtung unserer Doktrin, glaubt Regelsberger, habe das „Fortschreiten" der Entwicklung zwar verlangsamt, aber nicht ausgeschlossen! Aehnlich andere. — — Und der Geist eines Ihering vollends fordert bereits, angeblich angeregt durch den realen, praktischen Rechtsbau eines deutschen Reiches, real fortschreitend, namentlich in seinem unlängst erst bekannt gewordenen Briefwechsel mit dem großen Baumeister des deutschen Reichs, Fürst Bismarck, von 1888 — direkt und offen: eine „realistische", d. i., wie wir sehen werden, eine praktische Rechtswissenschaft*)! — —

Mit diesen Worten eines Ihering darf sich wohl auch der Verf. sachlich eins erklären. Denn es sind dies zugleich seine eigenen, bereits 1865 ausgesprochenen Worte**), das Echo seines eigenen Strebens für eine praktischere Rechtswissenschaft und zur endlichen Schließung der trostlosen Kluft zwischen Lehre und Leben, Theorie und Praxis

---

*) Auf die Erwiderung des Fürsten Bismarck vom 21. August 1888, worin derselbe Ihering zu seinem 70. Geburtstage beglückwünschte, antwortete bekanntlich Ihering unterm 15. September 1888 wieder folgendes: — „Auch der Jurist ist sich des hohen Einflusses bewußt geworden, den Ew. Durchlaucht auf ihn ausgeübt haben. In dem Kampfe, den er seit Jahren gegen die, zur Zeit noch herrschende unfruchtbare Richtung innerhalb der Jurisprudenz führt, welche über dem Blendwerk logischer Consequenz und abstrakter Principien des Blickes für die realen Dinge verlustig gegangen ist, hat ihn stets der Gedanke beseelt und gestählt, daß er innerhalb seiner beschränkten Sphäre nur den Anregungen gefolgt ist, die der große Meister der Realpolitik ihm gegeben hat. Er lebt der Ueberzeugung, daß sich das Vorbild Ew. Durchlaucht auch bei der jüngeren Generation fruchtbar erweisen und daß in der Rechtswissenschaft ein Umschwung eintreten wird, den man dermaleinst als den Uebergang von der formalistischen zur **realistischen** Methode bezeichnen wird."

**) In des Verf. Schrift: Das praktische Bedürfnis der Rechtsreform gegenüber der historischen Schule, 1865, Erlangen, A. Deichert, S. 10. Diese Worte des Verf. lauten: „Wir haben unsere historisch romantische Periode im Rechte durchlebt, wir bedürfen nun einer **realistischen**".

Digitized by Google

seit Dezennien! So billigt in sachlich dankenswertheſter Weiſe wiederholt ein Ihering die Erfahrungsſätze, welche doch der unmaßgebliche Verf. ſelbſt nur aus den unwillkürlich zwingenden Erfahrungen des Lebens und der Praxis, dieſen ſelbſtlos gehorchend, entnommen! Denn ſchon einmal, bereits in ſeinem Kampfe um's Recht ſeit 1872 (z. B. 5. Aufl. 1877 S. 10) billigte auch Ihering, gleichlautend mit den Worten des Verf. von 1865 in der Note **, die Negation der Berechtigung unſerer bisherigen hiſtoriſchen Rechtsſchule als einer „romantiſchen", wie mit und nach ihm vielleicht die öffentliche Meinung unſerer Juriſten! Zum zweiten Male aber billigt ſo jetzt Ihering gegen den Schluß ſeines Lebens, wie in einem Teſtamente, auch noch den, vom Verf. gleichfalls nur „aus jenem Buche des Lebens" copierten, poſitiven Weg: zur Erreichung einer, jetzt zu erſtrebenden „realiſtiſchen" Rechtswiſſenſchaft, ſowie überdies drittens den Hinweis auf eine, vom Verf. ſeit 1873 gewählte Analogie des Rechtsbaues des deutſchen Reichs durch Fürſt Bismarck. Von letzterer unten! — — Hören wir aber jetzt dieſe neuerlichen Worte Ihering's, des greiſen Mentors unſerer Theorie und eines Geiſtes im Rechte: von einem ſo nothwendigen „Kampfe", welchen doch nur ein lebendes, über das ſtabile, vergangene der hiſtoriſchen Schule fortſchreitendes, praktiſches Recht führen kann: gegen die „zur Zeit noch herrſchende, unfruchtbare Richtung innerhalb der Juriſprudenz", d. i. gegen die hiſtoriſche Schule, und von einem deshalb gebotenen „Umſchwunge auch unſerer Rechtswiſſenſchaft zu einer realiſtiſchen"! Gleichen dieſelben nicht geradezu einem Alarmrufe auch für unſere heutige deutſche Doktrin, nahezu dem vergleichbar, welcher unſere nationalen Heere gegen die Gefahren eines Unrechts wachzurufen pflegt? Denn wenn unſere deutſche Rechtswiſſenſchaft eine andere „realiſtiſche" erſt werden ſoll, mußte ſie dann bisher nicht ſo manches unreales, unwahres Recht mit ſich gebracht haben? Und das einſichtige Streben, unſerem Volke ein wahres Recht auch in unſerem Wiſſen entgegenzubringen, iſt alsdann gewiß ein, im Allgemeinen hoch zu achtendes, ein: zugleich reales und reelles! Offener Zeuge iſt jetzt auch Ihering!

Mit einer ſolchen „realiſtiſchen" Civilrechtswiſſenſchaft nun aber fordert in Wirklichkeit vor allem auch ein Ihering keine andere, als: eine „praktiſche"! Denn es gibt, wie wir ſehen werden, (§ 3 I) wohl vom Anfange der Welt kein anderes „real" geltendes Civilrecht, als das praktiſche! — Warum aber dann Ihering noch 1888, wie der Verf. ſelbſt 1865, gerade dies letztere Wort „praktiſch" ſo lediglich noch mit „realiſtiſch" umſchrieben? Warum auch er es nicht ſogleich offen ausgeſprochen? — Auch dafür werden wir im Verlaufe dieſer Unterſuchungen die nähere Erklärung finden! Eine eigenthümliche, in dem Erfaſſen des Rechts längſt ſturmerregte Zeit nämlich und ihre Nachwehen in Deutſchland zwangen leider dazu! Die aprioriſtiſche „Naturrechtsrevolution" in Frankreich ſeit 1789 nämlich hatte den Krieg wie eine troſtloſe Panik gegenüber dieſem

Digitized by Google

„Naturrechte“ am Anfange unseres Jahrhunderts auch auf Deutschland übertragen. Dies unbekannte, reale, praktische Recht, (nicht ein vergangenes der historischen Schule) rettete nun zwar im Staatsrechte auch wieder aus diesen revolutionären Wirren: Dies praktische Recht also war es so immer wieder, welches auch hier das allein reale, staatserhaltende war! Wir werden aber sehen, wie die, mit dem lebenden, praktischen Rechte unvertraute, doktrinäre historische Schule nichtsdestoweniger dies staatserrettende Recht selbst alsbald (§ 1, 4 II) allen Ernstes mit dem revolutionären aprioristischen Naturrechte verwechselte; weil Mangel an Lebenserfahrung sie nimmermehr begreifen ließ, wie neben dem Naturrechte und dem geschichtlich vergangenen Rechte ihrer eigenen historischen Schule noch ein drittes Recht, wie erwähnt mit anderen Grundgesetzen, in der wirklichen Geschichte lebt und: allein gilt! Aber diese lebensunerfahrene, doktrinäre Schule spielte jetzt umgekehrt sich, ihr vergangenes, antiquarisches Recht als das staatserrettende auf, dies, nicht minder rechts- wie staatsgefährdende! Sie verfolgte jetzt umgekehrt das reale, ihr unbekannte, staatserrettende praktische geradezu fanatisch (§ 1, 4 II, § 3)! Folge war alsbald der Ausschluß dieses realen, allein berechtigten Rechts von aller tonangebenden, rein wissenschaftlichen Litteratur: ein Mundtodtmachen des „wirklichen“ Rechts, gleich einem Naturrechte! Diese Folge nun erklärt Ihering (in seinem Scherz und Ernst 2. Aufl. 1885, S. 259) selbst als Grund auf, warum in der, während unseres Jahrhunderts von der doktrinären historischen Schule beherrschten gesammten Litteratur selbst auch der Name „praktisch“ nicht mehr genannt werden durfte: bei Meidung des Ausschlusses!! Das also war der Grund, warum, laut der Note ** seit 1865 bis 1884, der Verf. selbst das Wort „praktisch“ mit „realistisch“ umschrieb: Und auch noch das von Ihering 1888 mit „realistisch“ umschriebene Recht war: das praktische! Daß ja der, wenn auch mit den Uebungen der Praxis nicht aus eigener Erfahrung fortwährend betraute, Ihering aber trotzdem sonst längst ein geheimer Anhänger der Nothwendigkeiten des realen, praktischen Rechts war, zeigen wohl auch schon zur Genüge seine übrigen Schriften: Sein „Scherz und Ernst“ überhaupt, sein „Zweck im Rechte“ und endlich: sein „Kampf um's Recht“ seit 1872! Denn daß eben auch hier kein anderes, sich bewegendes, realistisch in unserem Volke lebendes Recht die alten Bande des Rechts einer Vergangenheit real sprengt und den Kampf mit den Antiquitäten einer Vergangenheit kämpft, hatte eben zuvor der Verf. in seinem „praktischen“ Bedürfnisse der Rechtsreform gegenüber der historischen Schule von 1865, z. B. S. 42 ff., 44 ff., 46, 48 ꝛc. gleichfalls bereits zu zeigen versucht! Zwar stürzt noch weit mehr das Naturrecht altes Recht. Aber das Umstürzen der alten Schranken durch Naturrecht ohne reale Grundlagen ist kein dauerndes, real haltbares! — — Das „realistische“ Recht also, dessen Begreifen wir auch schon nach Ihering's Kampf um's Recht statt des romantischen bedürfen: ist, mit rechtem Namen

Digitized by Google

genannt, das lebende praktische. Dieses also hat die Grundlage auch unserer Rechtswissenschaft nach Ihering zu sein!

2. Inneres zwingendes Motiv für eine „praktische" Rechtsschule im Allgemeinen. — Die Krankheit unserer Zeit und zugleich der Fehler unserer bisherigen Rechtsschulen, welche diese Krankheit großziehen, liegt in deren beiderseitiger „Aprioristik". Das innere Wesen einer solchen Aprioristik aber läßt sich wohl dadurch charakterisieren, daß sich die Vernunft der Menschen gegen eine Erfahrung, dagegen also auflehnt, daß die unwillkürlich gegebenen Gesetze einer Weltordnung von einer höheren Hand selbst anders geordnet sind, als dies eben Menschenvernunft will! Unzweifelhaft nämlich liegt das Fundament jeder Ordnung auf der realen Welt überhaupt in dem Begreifen ihres zwingenden Rechts. Denn dieses allein, was sonst? vermag die widerstreitenden Interessen und Kämpfe des Zusammenlebens der Menschheit innerhalb einer jeden Lebenssphäre entweder durch Einsicht oder durch Macht zu ordnen! So auf privatem, wie auf socialem, öffentlichem staatlichem, kirchlichem Gebiete. Aus diesem Grunde wählte wohl ein deutscher Kaiser auch selbst auf Staatsrechtsgebiete den Wahlspruch: Justitia fundamentum regnorum! — Das tiefere eigentliche Motiv nun aber wieder der Entstehung dieser schadenbringenden Aprioristik liegt eben wohl darin, daß eine Menschheit fühlt, daß die Gesetze unserer Schöpfung ihr in der That nur eine unvollkommene, d. i. eben nur eine menschliche, ihr unbequeme Lage bereiten. Der Eine beispielsweise wird stets unlieb wahrnehmen, wie sich mit der, sich von selbst bewegenden und ändernden Geschichte auch sein Recht ändert, und sich so möglicherweise seine oder seiner Erben Glücksgüter, Einkommen und Rechte schmälern können. Er wird z. B. im Mittelalter für die Erblichkeit der Gerechtsamen, Aemter ꝛc. eingetreten sein. Der Arme dagegen sieht es umgekehrt ungerne, daß doch die Schöpfung selbst stets unter den Menschen Talente und damit Macht wie Glücksgüter von jeher ungleich vertheilt; er wird von jeher umgekehrt ein „gleiches" Recht wünschen! Diesen beiderseitigen realen Unvollkommenheiten also wollen beide Theile, das historische Recht des Reichen, wie das Recht der Armen und Idealisten, das Naturrecht, a priori mittels ihrer Menschenvernunft, allein abhelfen, entgegen einer Erfahrung der Weltordnung und damit entgegen: einer empirischen Möglichkeit! Denn eine Aprioristik ist Revolution gegen die Weltordnung! Auf diese Weise konnten so recht eigentlich unsere beiden einseitigen aprioristischen Rechtschulen entstehen. Zwar hat es ja von jeher solche a priori erträumte Ideale einer: besseren „Vergangenheit oder besseren Zukunft" gegeben! Aber unsere nachrömische Jurisprudenz hat diese aprioristischen Ideale doch erst in Formeln und Schulen eines Rechts gefaßt, hat dieselben so voll und schädigend als aprioristisches Naturrecht erst in ein unerfahrenes Volk geworfen, und so namentlich diejenige geistige, aprioristische Krankheit unserer Zeit geschaffen, welche

Digitized by Google

bewirkt, daß heutzutage fast kaum mehr ein Beruf, kaum mehr eine Organisation besteht, welche sich nicht a priori über das, ihr real zustehende Recht und seine Ordnung zu überheben und den Staat beeinflussen zu müssen wähnt. (Davon § 1 5 I, § 4 C). So zwar, daß auch das sonst stille Wägen des Civilrechts falsche Politik in seine Lehre mischt und dadurch unser Civilrechtswissen verdirbt! Denn die ganze Politik wie Logik dieser Aprioristik ist eben so nur immer wieder die alte, unmögliche: Weil die Schöpfung diese, uns Menschen nur unvollkommenes bietende Weltordnung für uns real zwingend und unabänderlich geschaffen, deshalb will Menschenvernunft die, für sie nichtsdestoweniger unwillkürlich und unabänderlich gegebene, Schöpfung mittels ihrer Vernunftgründe allein trotzdem anders „machen", corrigieren: Sie glaubt sich ebendeshalb gegen die Weltordnung einer Schöpfung auflehnen zu können! Es ist dies aber nur ein blindes, sich selbst täuschendes aprioristisches Aendernwollen! Denn ob und wie dies herbeizuführende „Aendern" je auch empirisch möglich und ausführbar sein wird: um eine reale Empirie und Praxis kümmert sich eine Aprioristik, diese gefährliche Träumerin, niemals!

So eben steht auch jetzt noch auf der einen Seite unserer Rechtsschulen in der That fortwährend ein Märchen des Volkes, ganz ebenso wie aprioristische Naturrechtsphilosophien seiner berühmtesten Gelehrten: das Märchen von dem Bessersein in einer „guten alten Zeit", selbst von deren Classicität für alle folgenden Zeiten: der laudator temporis acti und die „Romantik", welche wähnt, daß wir auch das vergangene, zum Theil todte Recht mittels unserer Vernunft wieder zum Leben zu erwecken: wieder lebendig zu „machen" im Stande sind. Es ist dies: das eine Extrem eines Machens a priori der aprioristischen historischen Rechtsschule, das Rückwärtswogen einer Reaktion zur gesammten „Vergangenheit"! — Auf der anderen Seite stehen aber stets die ungebundenen Ideale eines, sich souverän, absolut frei dünkenden Geistes der Menschen, die Vernunft aprioristischer Philosopheme, welche die breiten Massen des Volkes locken und dieselben so, ohne Rücksicht auf reale Geschichte, über alle erfahrungsgemäße Hemmnisse, über Unmöglichkeiten hinaus im Geistesfluge zu Luftschlössern einer Zukunft, wie zu Fata Morganas, zu führen versprechen: Es ist dies das aprioristische Vorwärtsstürmen, die Aktion und Revolution der extremsten Naturrechtsschulen!

Die Erfolge dieser beiden aprioristischen Rechtsschulen lassen sich daher beiderseitig bis zu ihren krankhaften Produkten im öffentlichen wie Privatrechte klar verfolgen. Wir wählen da ein Beispiel des alltäglichen Privatrechts! Ein solches real oder praktisch unwillkürlich und unabänderlich gegebenes Privatrecht ist wohl: Besitz und Eigenthum des Einzelnen. Von dessen unabänderlichem Bestehen als Nahrung, Kleidung, Wohnung und Wohlstand wird wohl ewig die Existenz der Menschheit selbst bedingt sein! — — Unsere romantische historische Schule aber, Savigny selbst beispielsweise, glaubte hier,

Digitized by Google

ohne Rücksicht auf reale Geschichte nach Ort und Zeit (§ 6 I c und d) nach seinem aprioristischen Schulprincipe, daß alles, doch lebende, Recht durch eine Vergangenheit schlechthin schon gegeben sein müsse, für unseren heimischen Besitz: des Gemeinderechtsbesitzers, des Besitzers unter suspensivem Eigenthumsvorbehalte, Retentionsberechtigten, Pächters, Miethers ꝛc. ꝛc. das, hier speciell vergangene und abgestorbene Recht der römischen possessio animo domini wieder zum Leben zurückrufen zu können, welches diese real lebenden heimischen Besitzrechte eben einfach negierte: Dies war die Musterlehre der historischen Schule! (§ 2 IV II): Die praktische Folge? Savigny hätte so selbst gegenüber jedem unrechtmäßigen antiken possessor animo domini alle obigen rechtmäßigen heimischen Besitzberechtigten für rechtlos erklärt und sie dinglich von Haus und Hof gejagt (§ 4 A): solange diesen ein reales, praktisches Recht nicht zu Hülfe kam! — — Nicht minder mächtig verstoßen bei denselben Instituten aber umgekehrt die Extreme des Naturrechts gegen dasselbe real lebende Recht der Praxis! Die Extreme des modernen Naturrechts nämlich wollen umgekehrt mittels ihrer bloßen aprioristischen Vernunftideen das Eigenthum in seinen verschiedensten Erwerbsformen, als Ersparnis, Unternehmergewinn, als Capital und Erbe neben den Güterquellen der Arbeit reformieren und zum Theil, wie mittels Dynamit, ganz ausrotten! Und doch ist dies Eigenthum, trotz aller gegentheiligen Philosophien, nach realer Erfahrung eine, ewig unentbehrliche Güterquelle! Denn einmal kann seine Substanz direkt als Gut consumiert werden; zweitens wirken seine Renten nutzbringend. So kann sich ebendeshalb durch Eigenthum nicht blos der Einzelne in Alter und Noth retten, sondern auch die Macht ganzer Nationen, wie die Englands, wird in deren gegenseitigem Wetteifer, bei Kriegen ꝛc., durch Reichthum erhöht, und gerade ein kommender Industriestaat von Arbeitern selbst würde in Zeiten ernster, schlimmer Conjunkturen durch eine Reserve von Eigenthum, durch Capital allein, von einem Hungertode gerettet werden können! So ist dies Eigenthum aber eine Reserve von Güterquellen, welche die Weisheit einer Schöpfung selbst zum Besten der Menschheit trotz aller gegentheiligen aprioristischen Philosophien geschaffen zu haben scheint: Dieselbe Güterquelle, welche die Aprioristik des extremen Naturrechts mittels Vernunftgründen schädigen will! — Die a priori erträumten Rechtsgründe aber, mittels welcher das Naturrecht solche reale Rechte, wie ein Eigenthum, nichtsdestoweniger bekämpft, sind eben: „Freiheit und Gleichheit". Beide sind Naturrechte. Beide können in den Händen des Realistikers oder Praktikers, welcher empirisch erkennt, wieweit beide innerhalb den Schranken einer real lebenden und quellengemäß berechtigten Geschichte und Weltordnung neben Gesetz und Gewohnheitsrecht möglich sind, ungemein wohlthätig wirken! Dann aber heißt das reale Grundgesetz nicht etwa Freiheit und Gleichheit dieses Naturrechts allein, sondern: Naturrecht neben lebender Geschichte, Freiheit neben Nothwendigkeit! Dieses

Digitized by Google

Grundgesetz erkennt dann als „reales" Recht den Umstand, daß neben diesem Naturrechte der Freiheit auch eine Freiheitsbeschränkung der Geschichte, welche das Zusammenleben bedingt, und neben dem Naturrechte der Gleichheit ein „real geschichtliches" Recht der Ungleichheit: d. i. eine Gleichheit nur vor dem Gesetze, welches ungleiche Rechte an Macht und Vermögen gewähren muß, deshalb nothwendig ist, weil die reale, unabänderliche Natur, die Schöpfung, wie erwähnt, selbst die Talente unter den Menschen ungleich vertheilt hat! Freiheit allein und einseitig in den Händen eines aprioristischen Doktrinärs und Ideologen aber kann deshalb: zu zerstörender Anarchie, das Naturrecht der Gleichheit einseitig: zu Communismus oder zu der, gleichfalls nur a priori erdachten, für den realen Erwerb des Arbeiters möglicherweise selbst lähmenden (§ 1 S. 113 ff.) Socialdemokratie führen! Als Folge solcher extremer Naturrechtsutopien würde aber alsdann erfahrungsgemäß nur die nämliche reale Ungleichheit der Menschen, gerade zufolge deren realer, geschichtlicher ungleicher Natur, fortwährend nur in anderer Form, zurückkehren, sobald sie der aprioristische Doktrinär in der einen Form vertreibt! Vertreibt er zur Erringung von Gleichheit beispielsweise seinen König, so kehrt dieselbe Ungleichheit nur eben unter anderen Formen wieder: als Aristokratie, Plutokratie, Militärdiktatur, Massenherrschaft, bei welch' letzterer aber gleichfalls nie der Einzelne „frei und gleich", sondern die Führer, die Robespierre ꝛc. herrschen! Auch diese „Ungleichheit" also ist so als „reales Gesetz, als geschichtliches Recht" mit dem Menschen neben der Freiheit und Gleichheit ewig geboren. Nur ein empirisches, reales oder praktisches Recht, welches Naturrecht und Geschichte real vermählt, kann also eine Freiheit und Gleichheit über leere utopisch-aprioristische Phrasen hinaus real und allein, soweit möglich, gerecht schützen! Das Naturrecht aber, welches schon a priori ändern will, ist so ein φάρμακον, welches in den Händen des empirisch vorgehenden Realisten und Praktikers neben Geschichte belebende Arznei und Genußmittel, für sich allein aber in den Händen der aprioristischen Doktrinäre tödtendes Gift, permanente Revolution sein kann! (§ 1, 5 I S. 119 bis 120). Freilich sitzen alsdann diese aprioristischen Doktrinäre nimmermehr blos auf dem Katheder: jeder aprioristische Wahn vielmehr ist gefährdender Doktrinarismus!

Diese Aprioristik ist also nur ein, von uns selbst geschaffener Götze, welcher dann auch noch von den Menschen seine Brandopfer verlangt! Sie ist der alte Lockruf unserer Schöpfungsgeschichte: Eritis sicut Deus, scientes bonum ac malum: Ihr selbst aus Eurer „Vernunft", a priori werdet besser wissen, was Recht ist, als die Ordnung der Gottheit! Und die Masse folgt den Lockrufen und den Träumen des Aprioristikers nur zu leicht! Denn sein Werk darf eine Fata Morgana sein, und kann ihm trotzdem feilen, ehrlosen Ruhm, Einfluß, Reichthum eintragen! — — Empirisch ist aber trotzdem keine der aprioristischen Formeln unserer beiden bisherigen

Digitized by Google

Rechtsschulen je einseitig ausführbar: weder ein Wollen, das Recht aus der todten geschichtlichen Vergangenheit wiederzubeleben, noch das aprioristische direkte Vernunfterträumen! Beide zerstören im Gegentheile, wie soeben an dem obigen Beispiele gezeigt, möglicherweise nur reale, wohlerworbene wie ungemein nützliche Rechte, im Privat- wie im öffentlichen Rechte, ohne besseres herbeiführen zu können. Weil diese Utopien unerreichbare sind, wollen aber die Doktrinäre ihre für erreichbar erträumten Ideale trotzdem stets mit Gewalt durchführen. So führen die Extreme beider Schulen auch zugleich fortwährend zu Gewalt, zu Revolutionen nach Vor- und Rückwärts wie zu herzzerreißenden Schädigungen! — Haben dann aber die aprioristischen Extreme beider Schulen ihre Orgien mittels Feuer, Kerker, Dolch, Guillotine, Dynamit und Blut beendet und hinreichend Schaden gestiftet, dann muß immer wieder ein reales, praktisches Recht eines Erfahrenen rettend eintreten, um die, durch aprioristische Utopien verfahrene Zeit wieder von den Abgründen zu retten: Aus den uralten Kämpfen zwischen historischem und Naturrecht seit Menenius Agrippa bis auf einen Bismarck herab! So vermochte beispielsweise ein Frankreich — aus den Wirren, welche ein extrem historischer Absolutismus eines Ludwig XIV. einer-, und anderseits die, denselben vermeintlich verbessernde Naturrechtsrevolution seit 1789 mit ihrer Guillotine der Freiheit und Gleichheit anrichteten, — einzig die geschichtlich lebende, praktisch ausführbare, constitutionelle Organisation nach dem Vorbilde der Realisten und Empiriker Englands zu retten, solange wenigstens, bis nicht immer wieder die Aprioristik der Franzosen: bald ihres historischen Legitimismus, bald ihres umstürzenden, utopischen Naturrechts, diese real möglichen Organisationen von neuem störte. Ebensowenig vermochte später den historisch extremen Capitalismus eines Manchesterthums die Naturrechtsutopien einer doktrinären aprioristischen Sozialdemokratie zu beseitigen! Reale Abhilfe vielmehr vermochte bisher auch da blos eine praktische Realpolitik eines Fürsten Bismarck mit den Anfängen ihrer Socialgesetzgebung, mit Unfall-, Kranken-, Altersversicherungen, zu gewähren; bloße aprioristische Luftgebilde einer Socialdemokratie sind nicht minder zu dauerndem Aufbauen unfähig! —

Eine endliche Rettung aus dieser Aprioristik unserer beiden bisherigen Rechtsschulen überhaupt also, aus ihren Utopien, Schädigungen und fortgesetzten Revolutionen, ist so nur möglich dadurch, daß wir die realen „Gesetze" einer praktischen Weltordnung begreifen, welche in einer Praxis fortwährend die Kämpfe der Extreme entweder durch Einsicht freiwillig versöhnen, oder durch ihre unwillkürlich wirkende, zwingende Macht schlichten. Dies „Begreifen" nun aber ist nur möglich auf dem Wege einer Erfahrung (§ 1 S. 74 ff.), oder einer Empirie; und die Gesetze dieser Erfahrung sammelt nur eine reale oder praktische Wissenschaft: Weil das Recht allein die collidierenden Interessen ausgleicht, ist also eine solche realistische oder

Digitized by Google

praktische Rechtswissenschaft das einzige Rettungsmittel, welches unserer, von Revolutionen einer Aprioristik zersetzten Zeit die Fundamente zu zeigen vermag, auf welchen Recht und Staat der Gegenwart seine privaten, socialen wie öffentlichen Verhältnisse, soweit Menschen möglich rettend, aufbauen kann, um den fortwährenden Kämpfen und Revolutionen der Extreme unserer beiden bisherigen aprioristischen Rechtsschulen zu entgehen! Ihre Erfahrung allein wird uns die „Formulierung der Gesetze der Geschichte" innerhalb des Rechts gestatten, von welcher man jetzt soeben in Frankreich spricht! — — Solche wissenschaftliche Grundgesetze nun überhaupt haben unsere bisherigen Doktrinen bereits von jeher mit dem Namen „Rechtsschulen" bezeichnet. Daher eben stammen schon bisher die Namen: historische und Naturrechts-„Schulen". Im Civilrechte speciell wird es deshalb, seit der gemeinsamen Anwendung des Präjudizes seit Windscheid, jetzt wohl auch gemeinsame Aufgabe von Theorie und Praxis sein, die Gründe und Grundgesetze des praktischen Rechts oder dessen Schule zu erforschen! So eben allein werden von uns die, bisher unbekannten Gründe zu ermitteln sein, welche einerseits unsere Praxis fortwährend zwingen, von unseren beiden bisherigen aprioristischen Rechtsschulen real abzuweichen, unsere Theorie aber anderseits jetzt wieder zwingen, dies, unbewußt warum, abweichende reale Präjudiz ähnlich den classischen Römern in ihre Lehre aufzunehmen! Deshalb bedürfen wir jetzt eine realistische oder praktische Rechtsschule als einziges Rettungsmittel!

3. Unsere bisherige Lage und die „Surrogate" unserer Zeit. — Ueberblicken wir aber jetzt zur Orientierung das bisherige Kampfesfeld zwischen Theorie und Praxis des Civilrechts! Wenn nach Ihering's und der neuesten Theorie eigenen dankeswerthesten Resultaten unsere bisherige Rechtswissenschaft ungenügend, ist dies Verhältnis alsdann so aufzufassen, als ob jetzt diese Theorie allein nur ungenügendes, zum Theil falsches Recht gelehrt, unsere Praxis aber umgekehrt genügend und im Stande gewesen wäre, unsere Doktrin bewußt, d. i. wissenschaftlich besser zu belehren? Leider keines von beiden! In nahezu humorvoller Weise vielmehr verwarfen beide gerade das, soeben gezeigte einzige Rettungsmittel unserer Zeit und Gegenwart: das sich Bewußtwerden über reale Gesetze mittels einer praktischen Rechtswissenschaft oder Schule, und: bloße Surrogate traten auf beiden Seiten fortwährend an deren Stelle, welche an sich zwar höchst verdienstlich, aber zur Erreichung des realen Zieles eines wahren Rechts nimmermehr ausreichen! — — Auf Seite unserer Doktrin haben wir zwei solche Surrogate bereits erwähnt! Naturrechtsschulen glaubten alle Geschichte beliebig durch Vernunft und Geist allein umstürzen, eine historische Rechtsschule umgekehrt alles lebende Recht durch einen zum Theil abgestorbenen Körper einer Vergangenheit, selbst entgegen der Vernunft zum Theil revolutionär, des Lebens berauben zu können, während die reale Geschichte des Rechts-

Digitized by Google

doch geschichtlich lebt und aus Rechtsquellen immer neu real erquillt. Man griff so also bald in den Aether der Geisteshöhe, bald in die Tiefe eines dumpfen Grabes eines, wenn auch dereinst classischen Lebens, nur nicht maßhaltend: in die positive reale Mitte zwischen beiden, in das geschichtliche Leben des eigenen heutigen Rechts! — Damit aber war es noch lange nicht genug! Es gab noch weitere Surrogate an Stelle einer realistischen Rechtswissenschaft! Ein Theil unserer Doktrin glaubte ja auch noch, das Recht nur in einer schönen, eleganten, wenn auch bizarren Form schreiben und lehren zu müssen. Ob das Recht dieser „eleganten Juristen" (nahezu der Gigerl unserer Jurisprudenz) dann auch materiell wahr, real, wirklich: das schien gleichgültig; dies hieß man eben: eine philologische „Richtung". Zweck war ihr ja nicht das Recht, sondern die „elegante" Sprache! — Dann kam eine vergleichende Rechtswissenschaft. Um das wirkliche Recht zu finden, durfte man nach jedwedem exotischen Lande übergreifen: nach Asien, Afrika, nach Hindostan, China, Indien und zu den Pharaonen. Aber das quellengemäße reale Leben unseres eigenen Volkes kennen zu lernen, das war nach Savigny (§ 1, 4 II): „staatsgefährlich"! — Dann erst kam noch die, blos formale Construktion unserer Romanisten: Begriffe wurden haarspaltend, bis in die bekannte höchste Höhe, selbst eines Begriffshimmels, gezogen, so daß man das gespaltene Haar kaum noch unterscheiden konnte: Was aber eigentlich begriffen und gespalten wurde, ob real lebende, oder todte Geschichte, oder Naturrechtsutopien; auch das war Nebensache. Es handelte sich nur um Spalten: So hausten die „Surrogate" auf der Seite unserer Doktrin! — — Aber auch unsere Praxis kannte ja Surrogate: an Stelle einer bewußten Wissenschaft des eignen Rechts! Statt ihr eignes unbewußtes Thun zu beobachten und die eignen Gründe und Gesetze dieses ihres Thuns: ihre Schule zu ermitteln, um mittels dieser sich und andere davon zu überzeugen, daß sie kein anderes Recht anwenden konnte, schrie jetzt auch sie nach Leibeskräften fortwährend nach einem Surrogate: Eine unbedingte (§ 6 II, B, § 9) Gesetzgebung sollte fast ihre alleinige Rechtsquelle für alle Zukunft sein. Der „Macht"-Spruch eines Gesetzgebers, die gesetzgebende „Gewalt" allein sollte den doktrinären Gegnern zeigen, (welche allerdings das reale, praktische Recht fanatisch bekämpften), was da wirklich Rechtens, und daß dasjenige in der That Recht ist, was unbewußte Gesetze des Lebens des Rechts ihr diktierten. Wäre es denn da aber nicht viel einfacher gewesen, die Gesetze dieser Schule selbst zu erforschen und sie dem Gegner direkt zu sagen? — Nein: dies wäre Wissenschaft, d. i. „Theorie" gewesen, und — Theorie, Gründe des eignen Thuns — ständen, glaubte sie wie ein Dogma, einer Praxis nicht zu (§ 3)!! — Was sollte aber da ein praktischer Gesetzgeber nach der Meinung eines richtigen Praktikers nicht gleichfalls alles „machen" können? Mittels juristischer Phantasie, um mit Dernburg zu sprechen, sollte er alle gegenwärtigen Bedürfnisse ordnen,

Digitized by Google

zugleich aber alles kommende Recht dieser runden, sich bewegenden Welt voraussehen! Die reale Geschichte der Gegenwart im Rechte aber hatte in der Neuzeit noch keine Theorie systematisch schulgerecht dargestellt; sie war ja staatsgefährlich. Nur diese durfte der praktische Gesetzgeber aber trotzdem fixieren: Diese reale Geschichte also, von welcher die Darstellung eines einzigen Institutes in einer Monographie schon die Arbeit eines Lebens auszufüllen vermag, sollte er jetzt in Hunderten von Instituten, wie ein Zauberer, in kürzester Zeit aus dem Aermel schütteln! Kam dann ein solches Gesetzbuch frisch aus einer Gesetzesfabrik eines solchen Atlas, welcher eine Welt eines Rechts von seinen Schultern legte, dann war es vielleicht trotzdem ganz wohlthätig; wenigstens nie schlechter, als das antiquierende historisch vergangene Recht! Und unglaublich ist ja, was unverwüstlicher praktischer Takt leistet! Ist aber auch dann je die, sich bewegende Welt bei einem solchen Gesetzbuche stehen geblieben? Bei den XII Tafeln, bei den leges barbarorum, bei Sachsen- und Schwabenspiegeln, bei einer Carolina, bei Partikulargesetzbüchern ꝛc. ꝛc.? Niemals! Unvermerkt ändert sich das, sich selbst bewegende Leben wieder, und die Brauchbarkeit des, altes Leben fixierenden Gesetzbuches! Was dann? Dann wieder beileibe keine fortbildende Wissenschaft, welche den Bewegungen der Rechtsquellen folgt. Sondern man schrie eben dann mindestens alle 50 Jahre wieder von Neuem nach einem generellen Gesetzbuche, während die praktisch bewußten (wissenschaftlichen), classischen Römer von den XII Tafeln bis auf Justinian keines solchen bedurft hätten! Kurz, wir sehen: Auch das Commando eines Gesetzgebers ist vielleicht wieder nur ein solches unvollkommenes „Surrogat" für das Begreifen der quellengemäßen Bewegung des Lebens des Rechts: Die Krücke einer lahmen, unfähigen Wissenschaft! (Damit soll freilich nicht gesagt werden, daß wir wenigstens jetzt in Deutschland nicht eine generelle Gesetzgebung mit allem Sehnen ersehnen müssen, um unsere Partikularrechte zu beseitigen, welche auch jede einheitliche Wissenschaft hemmen und noch mehr!) — Aber alle diese einzelnen Surrogate sind so gewiß an ihrem rechten Platze ungemein verdienstvoll und unentbehrlich: Ausreichend aber, um das jeweilige reale Leben des Rechts zu begreifen, an Stelle einer praktischen Rechtswissenschaft, dieser ars juris der klassischen Römer, ist keines. Diese ars aber eben ist im Laufe der Geschichte wie verloren gegangen, gleich etwa der klassischen Plastik der Antike: Sie eben sollten wir also uns wieder beleben können!

4. Einwand der Unklarheit: Das Streben, ein „Leben", ein sich Bewegen des Rechts erforschen zu wollen, ist eine Unklarheit! — Ist dies nicht vielleicht doch eine Verwechslung eines unklaren Stoffes mit einer keimenden, realistischen Wissenschaft, wie sie jetzt auch Ihering und andere fordern? Spräche dies nicht von Anfang an gegen die Möglichkeit einer jeden Wissenschaft? Sind uns nicht zudem die Römer in der That in einem solchen realen Wissen eines

Digitized by Google

jus, quod est, in diesem angeblich unklaren Begreifen des Lebens des Rechts, mit ihrer ars juris bereits wirklich vorausgegangen? — Wie alle Geschichte, so zeigt auch der Mensch ein Leben. Denken wir uns nun beispielsweise einen ersten Physiologen: Seine Wissenschaft soll zuerst das „Leben" des Menschen untersuchen, wie unsere Gegenwart das Leben des Rechts zu untersuchen begonnen! Nun treten zum ersten Male die folgenden Fragen an ihn heran: Ob es im Leben des Menschen mechanische oder anorganische neben organischen Materien gibt? Wie diese Stoffe alsdann organisch fungieren? Wie zur Erhaltung des Organismus des Menschen diesem fortwährend mechanische, flüssige wie feste Stoffe zugeführt werden müssen? Wie sie sich alsdann im Innern zum Theil verbrauchen, zum Theil chemisch scheiden: Ob ein Theil derselben, die Fettstoffe etwa, einen Verbrennungsprozeß innerhalb der Maschine des Körpers herbeiführen, welcher die bewegende Wärme erzeugt und ähnlich, wie in jedem anderen Locomobile, stoßweise in den Herzklappen, durch Wiederabkühlung mittels eingeathmeter, kalter Luft, die Bewegung im Innern veranlaßt? Ob diese chemisch veranlaßte Bewegung durch Wärme so einen Blutumlauf, ob dieser Blutumlauf wieder die fortwährende organische Entwicklung und Neubildung des Körpers mittels Stoffwechsels, sein Erhalten wie sein Wachsen bedingt? Ob sich durch die Bewegung weiter in den Nerven und dem Gehirne des Menschen, etwa wie in einem Accumulator, eine geistige Energie sammelt, welche des Tages über anhält, bis sie erschöpft, sich während des Schlummers der schweigenden Nacht neuen Ueberschuß erzeugt und so neue körperliche und geistige Arbeit ermöglicht? — Wenn nun ähnliche Fragen einer Wissenschaft an einen Physiologen zum ersten Male herantreten, ist deshalb der Physiologe, oder ist nicht vorerst die Wissenschaft oder der Unwissenschaftliche selbst unklar? — Sollten demzufolge wir Juristen nun aus ähnlichen Gründen nicht auch das anorganische wie organische Leben des Rechts chemisch-empirisch untersuchen müssen, so, wie die Römer uns realistisch vorausgegangen, den ganzen, damals lebenden Bau des Rechts ausgeschieden und in ein reales System gefügt? Ist denn nicht wirklich dieser Bau des Rechts gleichfalls sogar dem des Menschen ähnlich? (§ 5 S. 517 ff.) Gibt es in ihm nicht auch feste und flüssige Elementarstoffe? (§ 6 S. 561 ff.) Gibt es so in ihm nicht auch einen „Geist neben einem Körper?" (§ 6 I a und b.) Sind alsdann nicht auch beide, Menschen und Rechte, nur das Produkt ihrer Verhältnisse, gebunden an „Zeit" und „Raum" (§ 6 I c und d), gebunden auch an äußere „Formen" des Geistes und Körpers? (§ 6 II). Gibt es dann im Rechte nicht auch eine Bewegung, wie in jeder Geschichte überhaupt: eine Bewegung der festen und flüssigen Stoffe (§ 2 II a), einen Stoffwechsel des Geistes und Körpers des Rechts, der geistigen Ueberzeugungen wie der Geschichte (§ 6 und 7), wie einen organischen Aufbau mittels dieser beiden, eine materielle wie formale Construktion (§ 1 S. 69 ff., § 5 S. 506 ff.) aus, zum



Digitized by Google

Theil alten überlieferten Stoffen mit theilweise geistig geschaffenen Neubildungen (§ 2 I 2)? Und diese realistisch mit Händen zu greifenden Gebilde alle sollten: Unklarheit sein? Sollten wir deshalb fortfahren, nur in einem Chaos von lebenden Präjudizien oder ausgegrabenen sogenannten überlieferten Quellen wie in einer todten, stabil gegebenen Masse zu wühlen, um niemals, gleich dem Astronomen, die Nebel einer Milchstraße in das Leben beweglicher Sterne innerhalb des Organismus des Weltalls aufzulösen und dessen Gesetze zu studieren? Wir sollten da, gleich juristischen Höhlenbewohnern und Murmelthieren unseren Winterschlaf fortsetzen wollen, während sich nach Ihering ein nahender Frühling kündet?! Sollte sein Geist nie zu einem Körper gelangen? Sagt man uns denn nicht gerade im Gegentheil: Wissenschaft macht frei? Erst wenn wir also die realen Gesetze des Lebens und der Praxis des Rechts mit seinem Geist und Körper aus realer, praktischer Erfahrung auch „wissenschaftlich" gewonnen haben werden, erst dann werden wir umgekehrt auch beide klar und frei beherrschen können: Vorausgesetzt, daß dies uns je möglich werden wird!

5. Einwand der Unmöglichkeit. Ist das Ziel der Erforschung eines realen Lebens des Rechts mit seinem Geiste und Körper denn auch möglich? Diese Frage freilich berührt bereits das sachliche Gebiet. — Schon aber schwellen diese Zeilen zu einem langen Vorworte an. Und es gibt doch eine Anschauung, zufolge deren das Vorwort sich auf persönliche Notizen allein beschränken, alle sachliche Darstellung aber in den trockenen Text jagen sollte! — Aber freilich unsere besseren Juristen, welche zugleich Principien oder gar eine Schule einleiten wollen, haben sich daran nie gekehrt und nie auf eine größere, vorbereitende Vorrede verzichtet. So Savigny's System wie Ihering's Schriften, das deutsche Privatrecht von Runde bis Gerber ꝛc. Nun sind ja zwar unsere Praktiker, die bisherigen Träger der Wirklichkeit im Rechte, in der Wissenschaft der Gegenwart bisher nicht wieder cotiert und marktgängig, wie dereinst in Rom! Uns fällt es deshalb auch gar nicht ein, uns solchen großen Juristen beigesellen zu wollen. Aber, zu überzeugen und aufzuklären, müssen doch auch wir versuchen, wenn wir nun vielleicht zeigen wollen, wie gerade im realen Leben und der Praxis die, realistisch allein haltbare Wissenschaft des Rechtes ruht, welche nach Römerart auch wieder gehoben werden kann! Auch wir werden deshalb, bei nachsichtiger Gestattung des geneigten Lesers, eines längeren Vorwortes nicht entbehren dürfen. Denn Vielen wird die Zeit nur gestatten, das Vorwort zu lesen. Andere, selbst auch dem Leben des Rechts zugeneigte Leser aber legen sonst unsere Untersuchungen vielleicht sofort aus der Hand: sie zweifeln sonst in vorneherein an der Möglichkeit einer Vereinigung unserer bisherigen Schulen, des Naturrechts und der Geschichte, von Geist und Körper im realen, praktischen Rechte, ohne unseren Untersuchungen auch nur bis zu den mühsameren induktiven Einzelbeweisen des Textes hinab zu folgen! — — Unser Vorwort gleiche deshalb hier gewisser-

Digitized by Google

maßen der Introduktion oder Ouverture eines Tonwerkes: Es versetze uns in die Stimmung des Themas, selbst auf die Gefahr hin, daß dies Thema dann in der Ausführung des folgenden Textes wiederklingen muß! Deshalb werden wir den geneigten Leser schon im Vorworte veranlassen, uns freundlichst einen Augenblick wieder, (wie schon seit 1865) in die Werkstätte des Rechts zu folgen. Dort können wir ihm vielleicht, schon jetzt im Vorworte, ein flüchtiges Momentbild unserer jetzigen Rechtsentwicklung unterbreiten. Dort können wir ihm wenigstens auch einstweilen zeigen, wie uns schon jetzt zwei Vorbilder, als Modelle einer Wissenschaft eines realen Rechtes, zu Gebote stehen: I. das praktische Civilrecht unserer Culturwelt seit den Römern überhaupt, II. das, seitdem von Ihering mit dem Verf. gleichfalls angezogene Vorbild der praktischen Rechtsschöpfung eines deutschen Reichs durch mächtige Baumeister, durch einen deutschen Kaiser Wilhelm I. und dessen großen Kanzler: welche gleichfalls Geschichte und Naturrecht zu einem mächtigen Rechtsbaue vermählten! — Haben wir aber solche reale Vorbilder eines Rechts vor uns stehen, dann werden ja die Werkleute unseres nationalen Rechts nichts weiter zu thun haben, als aus diesen realen Vorbildern die, dort eben stillschweigend und concludent angewandten Principien der hierin liegenden praktischen oder realistischen „Schule" unseres Rechts zu abstrahieren! — So kredenzen wir nach guter alter deutscher Sitte sofort beim Eintritte unserem geehrten Gaste zum Willkomm den Probetrunk! —

I. Das praktische Civilrecht, selbst das casuistische Präjudiz unserer Culturwelt, vereinigt bisher, vor allem schon formal greifbar, Naturrecht und Geschichte, den Inhalt der beiden bisherigen Rechtsschulen zu einer organischen Einheit: — Dadurch nämlich, daß alles real geltendes praktisches Recht den sämmtlichen allein positiven „Rechtsquellen" gehorcht! Diese Rechtsquellen sind bekanntlich: entweder Gesetz oder Gewohnheitsrecht. Beide sind ein, im Rechte bereits Geschehenes, also Geschichte! Oder aber da, wo im Rechte noch nichts Bindendes „geschehen" ist, also bei neuen Rechtsfragen, sind als Rechtsquelle entscheidend: die inneren Gründe oder das sogenannte Juristenrecht. Weil nun aber eben hier alsdann noch kein, früher geschehenes und gegebenes Recht, d. i. noch keine Geschichte vorliegt, muß hier offenbar ein Recht erst aus den erwähnten inneren Gründen, Billigkeit, ratio, natura geistig oder mittels Vernunft neu geschaffen, construiert werden. Diese „geistige" Neubildung eines Rechts ist aber eben das Wesen eines „Naturrechts": So vermählen also greifbar und spielend schon formal die positiven Rechtsquellen innerhalb eines jeden realen, praktischen Rechts: Geschichte und Naturrecht, einen Körper und einen Geist unseres real lebenden Rechtes!

Deshalb muß wohl auch materiell das, so formal durch die positiven Rechtsquellen dargestellte, positive praktische Recht Geschichte neben Naturrecht enthalten. Wir werden nun in § 6 I a ersehen,



Digitized by Google

wie materiell in der That jedes geltende Recht diese beiden vereint, und in § 6 I b, wie alles Recht in realer Wirklichkeit „lebt" mit Geist und Körper, also: durch Naturrecht und Geschichte! Weiters werden wir sehen, daß nicht blos von jeher jede Praxis, sondern auch die praktischen und classischen römischen Juristen, unsere classischen Vorbilder so, mittels der Rechtsquellen, fortwährend Geschichte neben Naturrecht unmittelbar aus dem Leben schöpfen. Denn (schon in seinen Grundlagen der Geschichte einer römischen possessio, Erlangen, Deichert, 1884, Vorwort S. V ff.) hat der Verf. erwähnt, wie auch die classischen Römer schon Praktiker waren und in ihrer Praxis wie Theorie nimmermehr unseren heutigen Rechtsschulen, entweder dem historisch vergangenen Rechte einer heutigen historischen Schule, ihren XII Tafeln, oder umgekehrt einer Naturrechtsschule je einseitig folgten. Dasselbe vielmehr, was wir heutzutage: Präjudiz, die Römer aber quaestio, responsum etc. nennen, vereinigte laut der Inscriptionen der Fragmente der Justinianischen Digesten die classische „Theorie" der Römer wie ihre Commentare, Digesten ꝛc. sofort und mittels der Rechtsquellen zu ihrem hochclassischen Systeme! Eine Trennung ihrer Theorie von einer Praxis und Wirklichkeit, so, daß sie sich selbst ein Recht, blos etwa zu einer gelehrten Spielerei und zum Irreführen anderer, vorgetragen hätten, ein jus, quod non est, das verboten diese classischen Juristen ja laut des Motto's unseres Vorwortes sogar ausdrücklich! Ebenso verfuhr die römische Kaiserjudicatur, die höchsten Gerichtshöfe des classischen Rom, deren Präjudizien uns der Justinianische codex überliefert! So vermählen auch die Römer mit ihren Präjudizien schon, wie das, die reale Welt wohl von Anbeginne an beherrschende, lebende praktische Recht, überhaupt fortwährend Geschichte und Naturrecht zu einem real lebenden Rechte, wie jede Praxis!

Von dieser realen Grundlage des quellengemäßen Lebens des Rechts überhaupt mit seinem Geiste und Körper, mit Naturrecht und Geschichte nun fiel, neben dem aprioristischen einseitigen Vernunftrechte der Naturrechtsschulen, auch unsere einseitige, theoretisch noch herrschende historische Schule a priori und unwahr ab. Auch die letztere schloß so aus einer grundwahren Prämisse (§ 2 III a S. 215): das Recht lebt, nicht consequent und real weiter, daß alles Recht nur aus diesem quellengemäßen Leben selbst, sondern sie schloß gerade umgekehrt, inconsequent und a priori: daß alles Recht nur einseitig aus einer gesammten geschichtlichen Vergangenheit allein zu ersehen sei! Damit aber brach die Schule mit dem Leben und selbst mit der realen Geschichte! Denn jede Geschichte lebt ja und bewegt sich: Eine vergangene Geschichte somit ist für uns heutzutage zugleich ungeschichtlich. Damit aber bedürfen unsere beiden bisherigen Schulen jetzt wieder einer besseren, real geschichtlichen Rechtswissenschaft! — Näher betrachtet stellt nämlich das Programm Savigny's (§ 2 III a S. 215) folgende 3 Sätze auf: 1. Geltung einer gegebenen Geschichte an Stelle eines geistesschaffenden Naturrechts; 2. trotzdem aber nie-

Digitized by Google

mals Stillstand, sondern geschichtliche Bewegung und Entwicklung, und 3. die hieraus resultierende grundwahre Prämisse des, sich bewegenden Lebens, gleich dem Leben des Menschen, der Sitte, Sprache, Verfassung. — Gerade im Gegentheil adoptiert aber Savigny's Schlußfolgerung oder Anwendungsprincip: „der Stoff des Rechts ist durch die gesammte Vergangenheit der Nation gegeben" (Savigny's Zeitschr. 1815 I S. 6), wieder umgekehrt nur den, soeben unter 2 verworfenen Stillstand (in einer gesammten Vergangenheit); Savigny negiert so auch hier wieder das Fortschreiten des Rechts zu dem soeben zugegebenen (quellengemäßen) „Leben" der Gegenwart unter 3., und er erfindet sich sodann lediglich a priori, auf Grund des, unter 1 von ihm selbst verworfenen Naturrechts, aller realen Geschichte und Empirie zuwider, das grundfalsche Schulprincip, daß nur das „vergangene" Recht, daß also nur einseitig ein stabiler Körper der Geschichte ohne nothwendig lebenden Geist als geltendes Recht gegeben sei! An Stelle eines real „gegebenen Lebens" somit setzt er jetzt diese, nicht mehr nothwendig lebende „Vergangenheit"! Die wahre Prämisse steht so auf dem Papiere: Zur Anwendung aber gelangte die falsche inconsequente Folgerung der historischen Schule! — So bedarf die historische Schule jetzt allerdings des Vorbildes eines real lebenden, praktischen Rechts, welches wissenschaftlich zu erfassen ist. Denn die Folgen dieser Ungeschichtlichkeit und Inconsequenz Savigny's mußten so bisher folgende sein: 1. — Eine materielle Trennung der historischen Theorie von Leben und Praxis, eben infolge der Anwendung von Antiquitäten des vergangenen statt eines positiv lebenden, quellengemäßen Rechts: Diese Trennung gesteht Savigny in der Folge (Syst. I Vorrede S. XXV) selbst als das „Hauptübel" unseres Rechtszustandes zu! Die Pflege des fortschreitenden „Lebens" des Rechts aber, der heutigen geschichtlichen Neubildungen von der Art des § 212, welche er infolge Unerfahrenheit in dem Leben des Rechts mit Naturrecht verwechselte, überließ Savigny jetzt ausschließlich dem cujuistischen Präjudize einer wissenschaftlich unbewußten Praxis! Dieses verblieb so jetzt der einzige Ausdruck, die einzige viva vox eines Lebens des Rechts ohne jede weitere Wissenschaft! — 2. Eine weitere Folge: eine falsche formale Methode; jene oben unter 2 bereits erwähnte schädigende Aprioristik, an Stelle einer Empirie, welche erfahrungsgemäß die Rechtsquellen als die alleinigen formalen Gesetze der realen Rechtsdarstellung zeigt! Gleich dem magister der Glosse behängte sich so auch unsere historische Schule nur äußerlich mit weiland classischen Formeln eines Pergamentes ohne reales Verständnis des Lebens des Rechts, und wähnte sie sich so allein schon gleichfalls als Classikerin! (S. 269 ff.): Sie trug aber so nur ein vergangenes Recht, gleich dem Diktate eines Wagner, schwarz auf weiß urkundlich nach Hause, ohne zu ahnen, daß so doch diesem Rinde und Buchstaben bei dem Ritte durch Jahrtausende, gleich dem Rinde eines Kronos-Erlkönig, der Geist und mit ihm das Leben zu entfliehen

Digitized by Google

begann! — 3. Eine dritte Folge aber war jetzt geradezu: eine trostlose Isolierung beider Träger des Rechts: unserer Theorie und Praxis: Der Wirklichkeit der Praxis stand jetzt keine Theorie oder Wissenschaft mehr, der historischen Theorie keine wirkliche oder reale Geltung mehr zur Seite! Die lebenden Präjudizien, aus welchen, wie gezeigt, dereinst hochclassische römische Juristen ihr bewährtes, noch eine Nachwelt beherrschendes System fügten, lagen so jetzt, etwa gleich den disjecta membra einer zeitkündenden Uhr der Gegenwart, in den heutigen Präjudiziensammlungen zerstreut da. Sie durfte aber beileibe Niemand zu einem einheitlichen lebenden Systeme fügen; denn jede Bewegung, auch eine geschichtliche, schien der Politik der herrschenden Doktrinäre einer historisch romantischen Schule bloßes Naturrecht und: staatsgefährlich; als ob sich dies „geschichtliche" Leben, wie die Geschichte selbst, nicht auch ohne formale Darstellung des Systems eines Zeitmessers dennoch bewegte! Das das flüchtige Bild der eigentlichen (älteren) historischen Schule! Das bewirkte das Fehlen einer realen, praktischen Wissenschaft!

Die Zeit — aber bewegte sich dennoch! — Die Präjudizien kündeten trotzdem eine fortschreitende Bewegung des Rechts, von einer Ausdehnung, Macht und sachlichen Bedeutung, daß, ohne ihre Beachtung, eine Lehre geradezu mehr und mehr bedeutungslos zu werden drohte! Die Zeit, in welcher die Hugo, Rudorff, Huschke, Keller, Eichhorn, Albrecht ausgegrabene Rechtsalterthümer, vorjustinianische Jurisprudenz, Palimpseste, Lacunen, Senatusconsulta, mittelalterliches Recht, von hohem Werthe für Rechtsgeschichte, auch im Dogma wie lebende Pandekten lehrten, hatte sich so überlebt! In der Praxis hatten deren Lehrbücher ohnehin niemals entscheidenden Eingang gefunden! Nur mit Gewalt, nur mit Hilfe der, durch ihr Versprechen irregeführten und geschädigten Regierungen, daß ihre Antiquitäten eines vergangenen Rechts allein den Staat erretten, hatte zuvor die romantische Schule die Lehrstühle und fast die gesammte periodische, rein wissenschaftliche Litteratur an sich zu reißen gewußt. Das Bedürfnis diktierte aber jetzt eine Wiederumkehr beider extremen Schulen unserer Wissenschaft zur Wirklichkeit! — — Eine „Uebergangsperiode" begann. Sie schritt indessen, infolge der Abwendung der historischen Schule von allem realen Leben zur ewig stillestehenden Vergangenheit, nur höchst mühsam, etwa in folgenden Etappen fort: — Deren erste Etappe. Sie bot, wer sollte es glauben? die, auch von Ihering betonte Doppelnatur eines Savigny selbst, welchen ebendeshalb der Verf. schon 1865 als den großen Cunctator bezeichnete: Auf der einen Seite zeigt er eine Zurückführung unseres Volkes zu romantischer, antiker und sonstig stabiler Vergangenheit. Auf der anderen Seite aber bereits die Eröffnung eines Blickes auf ein lebendes sich bewegendes Recht, welches keinen Augenblick Stillstand biete, auf ein „Ueberwinden des römischen", und sogar auf: ein „kommendes nationales" deutsches Recht!! (§ 2—3 S. 217, 334.)

Digitized by Google

Mußte da derselbe Savigny nicht der Moses sein wollen, welcher (nur aber leider durch die bloßen klassischen „Formen" der Römer allein schon verzückt), uns nicht sofort in ein gelobtes Land eines reich quellenden Lebens führen wollte, um uns auf seine eigne Lebensdauer vorerst in einer leblosen Wüste an den classischen Formen einer großen Vergangenheit zu stählen: Solange, bis wir unser eignes nationales Recht nach seinen eignen Worten „mit derselben Freiheit" beherrschen sollten, „die wir an den Römern bewundern"! Dieser Moses sah ein Kanaan nicht mehr. Daß er aber in der That ein solcher Moses sein wollte, deuten auch seine Worte an. (Vom Beruf unserer Zeit, Ziff. 8 a. E., 3. Aufl., S. 134): „Als das jüdische Volk am Berge Sinai das göttliche Gesetz nicht erwarten konnte, machte es aus Ungeduld ein goldenes Kalb, und darüber wurden die wahren Gesetzestafeln zerschlagen!" — Eine zweite, praktischere Etappe aber bot der geniale Praktiker Joh. Ad. Seuffert: Genial, nicht durch die Pflege eines dereinst lebenden, classischen Cadavers des Rechtes antiker Römer; wohl aber durch Verständnis des Lebens des Rechts unseres eignen Volkes innerhalb der Gegenwart! Kaum hatte nämlich ein Savigny seit 1840 die, noch jetzt unvollendeten Bände des vergangenen römischen Systems, zur unmittelbaren Anwendung für uns heutzutage, zu veröffentlichen begonnen, welches die, von ihm selbst theoretisch gelehrte Bewegung und Neubildung unseres eignen geschichtlich lebenden Rechts von der Art des § 212 verkannte: als seit 1847 J. A. Seuffert's Archiv erschien; dies sammelte nun dieselben Präjudizien, dieselbe viva vox eines jeweiligen Lebens des Rechts der Gegenwart auch bei uns, aus welchen, wie der Verf. seit 1884 erwähnt, laut der Fragmente der Justinianischen Digesten dereinst die classischen römischen Juristen unmittelbar ihr eignes lebendes System sich bereiteten: J. A. Seuffert zeigte da mit einem Schlage, wie in „realer" Wirklichkeit bei uns heutzutage vom Felse der heimischen Alpen bis zum nordischen Meere ein zum Theil anderes nationales Recht „materiell" fortwährend real, greifbar lebt, als das vergangene römische Savigny's, und wie so antike classische Formeln allein unser materielles Recht nimmermehr ersetzen können! Leider fehlte so nur der Materie Seuffert's noch die Darstellung des rechtfertigenden wissenschaftlichen Principes und die Schulung des Classikers Paulus: ex jure, quod est, regula fiat! — An diese nämliche Etappe schloß sich, darin als bloßer Nachahmer Seuffert's und offenbar von dessen Vorbilde angeregt, alsdann die systematische Präjudiziensammlung Windscheid's an. Auch ihr fehlte es freilich ebenso noch an dem leitenden Principe der Schule eines realen, praktischen Rechtes, an Stelle einer historischen Schule des vergangenen Rechts. Unter dem umgekehrten Vorwande, daß er trotzdem der historischen Schule anhänge! (§ 3 IV, 4) brachte er aber so dasselbe praktische Recht, welches die Praxis beherrschte, thätsächlich und casuistisch wenigstens, wenn auch nicht theoretisch, nun auch in unserer Theorie zum Siege! — Eine drittte Etappe

Digitized by Google

praktische Rechtswissenschaft das einzige Rettungsmittel, welches unserer, von Revolutionen einer Aprioristik zersetzten Zeit die Fundamente zu zeigen vermag, auf welchen Recht und Staat der Gegenwart seine privaten, socialen wie öffentlichen Verhältnisse, soweit Menschen möglich rettend, aufbauen kann, um den fortwährenden Kämpfen und Revolutionen der Extreme unserer beiden bisherigen aprioristischen Rechtsschulen zu entgehen! Ihre Erfahrung allein wird uns die „Formulierung der Gesetze der Geschichte" innerhalb des Rechts gestatten, von welcher man jetzt soeben in Frankreich spricht! — — Solche wissenschaftliche Grundgesetze nun überhaupt haben unsere bisherigen Doktrinen bereits von jeher mit dem Namen „Rechtsschulen" bezeichnet. Daher eben stammen schon bisher die Namen: historische und Naturrechts-„Schulen". Im Civilrechte speciell wird es deshalb, seit der gemeinsamen Anwendung des Präjudizes seit Windscheid, jetzt wohl auch gemeinsame Aufgabe von Theorie und Praxis sein, die Gründe und Grundgesetze des praktischen Rechts oder dessen Schule zu erforschen! So eben allein werden von uns die, bisher unbekannten Gründe zu ermitteln sein, welche einerseits unsere Praxis fortwährend zwingen, von unseren beiden bisherigen aprioristischen Rechtsschulen real abzuweichen, unsere Theorie aber anderseits jetzt wieder zwingen, dies, unbewußt warum, abweichende reale Präjudiz ähnlich den classischen Römern in ihre Lehre aufzunehmen! Deshalb bedürfen wir jetzt eine realistische oder praktische Rechtsschule als einziges Rettungsmittel!

3. Unsere bisherige Lage und die „Surrogate" unserer Zeit. — Ueberblicken wir aber jetzt zur Orientierung das bisherige Kampfesfeld zwischen Theorie und Praxis des Civilrechts! Wenn nach Ihering's und der neuesten Theorie eigenen dankeswertheften Resultaten unsere bisherige Rechtswissenschaft ungenügend, ist dies Verhältnis alsdann so aufzufassen, als ob jetzt diese Theorie allein nur ungenügendes, zum Theil falsches Recht gelehrt, unsere Praxis aber umgekehrt genügend und im Stande gewesen wäre, unsere Doktrin bewußt, d. i. wissenschaftlich besser zu belehren? Leider keines von beiden! In nahezu humorvoller Weise vielmehr verwarfen beide gerade das, soeben gezeigte einzige Rettungsmittel unserer Zeit und Gegenwart: das sich Bewußtwerden über reale Gesetze mittels einer praktischen Rechtswissenschaft oder Schule, und: bloße Surrogate traten auf beiden Seiten fortwährend an deren Stelle, welche an sich zwar höchst verdienstlich, aber zur Erreichung des realen Zieles eines wahren Rechts nimmermehr ausreichen! — — Auf Seite unserer Doktrin haben wir zwei solche Surrogate bereits erwähnt! Naturrechtsschulen glaubten alle Geschichte beliebig durch Vernunft und Geist allein umstürzen, eine historische Rechtsschule umgekehrt alles lebende Recht durch einen zum Theil abgestorbenen Körper einer Vergangenheit, selbst entgegen der Vernunft zum Theil revolutionär, des Lebens berauben zu können, während die reale Geschichte des Rechts-

Digitized by Google

doch geschichtlich lebt und aus Rechtsquellen immer neu real erquillt. Man griff so also bald in den Aether der Geisteshöhe, bald in die Tiefe eines dumpfen Grabes eines, wenn auch dereinst classischen Lebens, nur nicht maßhaltend: in die positive reale Mitte zwischen beiden, in das geschichtliche Leben des eigenen heutigen Rechts! — Damit aber war es noch lange nicht genug! Es gab noch weitere Surrogate an Stelle einer realistischen Rechtswissenschaft! Ein Theil unserer Doktrin glaubte ja auch noch, das Recht nur in einer schönen, eleganten, wenn auch bizarren Form schreiben und lehren zu müssen. Ob das Recht dieser „eleganten Juristen" (nahezu der Gigerl unserer Jurisprudenz) dann auch materiell wahr, real, wirklich: das schien gleichgültig; dies hieß man eben: eine philologische „Richtung". Zweck war ihr ja nicht das Recht, sondern die „elegante" Sprache! — Dann kam eine vergleichende Rechtswissenschaft. Um das wirkliche Recht zu finden, durfte man nach jedwedem exotischen Lande übergreifen: nach Asien, Afrika, nach Hindostan, China, Indien und zu den Pharaonen. Aber das quellengemäße reale Leben unseres eigenen Volkes kennen zu lernen, das war nach Savigny (§ 1, 4 II): „staatsgefährlich"! — Dann erst kam noch die, blos formale Construktion unserer Romanisten: Begriffe wurden haarspaltend, bis in die bekannte höchste Höhe, selbst eines Begriffshimmels, gezogen, so daß man das gespaltene Haar kaum noch unterscheiden konnte: Was aber eigentlich begriffen und gespalten wurde, ob real lebende, oder todte Geschichte, oder Naturrechtsutopien; auch das war Nebensache. Es handelte sich nur um Spalten: So hausten die „Surrogate" auf der Seite unserer Doktrin! — — Aber auch unsere Praxis kannte ja Surrogate: an Stelle einer bewußten Wissenschaft des eignen Rechts! Statt ihr eignes unbewußtes Thun zu beobachten und die eignen Gründe und Gesetze dieses ihres Thuns: ihre Schule zu ermitteln, um mittels dieser sich und andere davon zu überzeugen, daß sie kein anderes Recht anwenden konnte, schrie jetzt auch sie nach Leibeskräften fortwährend nach einem Surrogate: Eine unbedingte (§ 6 II, B, § 9) Gesetzgebung sollte fast ihre alleinige Rechtsquelle für alle Zukunft sein. Der „Macht"-Spruch eines Gesetzgebers, die gesetzgebende „Gewalt" allein sollte den doktrinären Gegnern zeigen, (welche allerdings das reale, praktische Recht fanatisch bekämpften), was da wirklich Rechtens, und daß dasjenige in der That Recht ist, was unbewußte Gesetze des Lebens des Rechts ihr diktierten. Wäre es denn da aber nicht viel einfacher gewesen, die Gesetze dieser Schule selbst zu erforschen und sie dem Gegner direkt zu sagen? — Nein: dies wäre Wissenschaft, d. i. „Theorie" gewesen, und — Theorie, Gründe des eignen Thuns — ständen, glaubte sie wie ein Dogma, einer Praxis nicht zu (§ 3)!! — Was sollte aber da ein praktischer Gesetzgeber nach der Meinung eines richtigen Praktikers nicht gleichfalls alles „machen" können? Mittels juristischer Phantasie, um mit Dernburg zu sprechen, sollte er alle gegenwärtigen Bedürfnisse ordnen,

Digitized by Google

zugleich aber alles kommende Recht dieser runden, sich bewegenden Welt voraussehen! Die reale Geschichte der Gegenwart im Rechte aber hatte in der Neuzeit noch keine Theorie systematisch schulgerecht dargestellt; sie war ja staatsgefährlich. Nur diese durfte der praktische Gesetzgeber aber trotzdem fixieren: Diese reale Geschichte also, von welcher die Darstellung eines einzigen Institutes in einer Monographie schon die Arbeit eines Lebens auszufüllen vermag, sollte er jetzt in Hunderten von Instituten, wie ein Zauberer, in kürzester Zeit aus dem Aermel schütteln! Kam dann ein solches Gesetzbuch frisch aus einer Gesetzesfabrik eines solchen Atlas, welcher eine Welt eines Rechts von seinen Schultern legte, dann war es vielleicht trotzdem ganz wohlthätig; wenigstens nie schlechter, als das antiquierende historisch vergangene Recht! Und unglaublich ist ja, was unverwüstlicher praktischer Takt leistet! Ist aber auch dann je die, sich bewegende Welt bei einem solchen Gesetzbuche stehen geblieben? Bei den XII Tafeln, bei den leges barbarorum, bei Sachsen- und Schwabenspiegeln, bei einer Carolina, bei Partikulargesetzbüchern ꝛc. ꝛc.? Niemals! Unvermerkt ändert sich das, sich selbst bewegende Leben wieder, und die Brauchbarkeit des, altes Leben fixierenden Gesetzbuches! Was dann? Dann wieder beileibe keine fortbildende Wissenschaft, welche den Bewegungen der Rechtsquellen folgt. Sondern man schrie eben dann mindestens alle 50 Jahre wieder von Neuem nach einem generellen Gesetzbuche, während die praktisch bewußten (wissenschaftlichen), classischen Römer von den XII Tafeln bis auf Justinian keines solchen bedurft hätten! Kurz, wir sehen: Auch das Commando eines Gesetzgebers ist vielleicht wieder nur ein solches unvollkommenes „Surrogat" für das Begreifen der quellengemäßen Bewegung des Lebens des Rechts: Die Krücke einer lahmen, unfähigen Wissenschaft! (Damit soll freilich nicht gesagt werden, daß wir wenigstens jetzt in Deutschland nicht eine generelle Gesetzgebung mit allem Sehnen ersehnen müssen, um unsere Partikularrechte zu beseitigen, welche auch jede einheitliche Wissenschaft hemmen und noch mehr!) — Aber alle diese einzelnen Surrogate sind so gewiß an ihrem rechten Platze ungemein verdienstvoll und unentbehrlich: Ausreichend aber, um das jeweilige reale Leben des Rechts zu begreifen, an Stelle einer praktischen Rechtswissenschaft, dieser ars juris der klassischen Römer, ist keines. Diese ars aber eben ist im Laufe der Geschichte wie verloren gegangen, gleich etwa der klassischen Plastik der Antike: Sie eben sollten wir also uns wieder beleben können!

4. Einwand der Unklarheit: Das Streben, ein „Leben", ein sich Bewegen des Rechts erforschen zu wollen, ist eine Unklarheit! — Ist dies nicht vielleicht doch eine Verwechslung eines unklaren Stoffes mit einer keimenden, realistischen Wissenschaft, wie sie jetzt auch Ihering und andere fordern? Spräche dies nicht von Anfang an gegen die Möglichkeit einer jeden Wissenschaft? Sind uns nicht zudem die Römer in der That in einem solchen realen Wissen eines

Digitized by Google

jus, quod est, in diesem angeblich unklaren Begreifen des Lebens des Rechts, mit ihrer ars juris bereits wirklich vorausgegangen? — Wie alle Geschichte, so zeigt auch der Mensch ein Leben. Denken wir uns nun beispielsweise einen ersten Physiologen: Seine Wissenschaft soll zuerst das „Leben" des Menschen untersuchen, wie unsere Gegenwart das Leben des Rechts zu untersuchen begonnen! Nun treten zum ersten Male die folgenden Fragen an ihn heran: Ob es im Leben des Menschen mechanische oder anorganische neben organischen Materien gibt? Wie diese Stoffe alsdann organisch fungieren? Wie zur Erhaltung des Organismus des Menschen diesem fortwährend mechanische, flüssige wie feste Stoffe zugeführt werden müssen? Wie sie sich alsdann im Innern zum Theil verbrauchen, zum Theil chemisch scheiden: Ob ein Theil derselben, die Fettstoffe etwa, einen Verbrennungsprozeß innerhalb der Maschine des Körpers herbeiführen, welcher die bewegende Wärme erzeugt und ähnlich, wie in jedem anderen Locomobile, stoßweise in den Herzklappen, durch Wiederabkühlung mittels eingeathmeter, kalter Luft, die Bewegung im Innern veranlaßt? Ob diese chemisch veranlaßte Bewegung durch Wärme so einen Blutumlauf, ob dieser Blutumlauf wieder die fortwährende organische Entwicklung und Neubildung des Körpers mittels Stoffwechsels, sein Erhalten wie sein Wachsen bedingt? Ob sich durch die Bewegung weiter in den Nerven und dem Gehirne des Menschen, etwa wie in einem Accumulator, eine geistige Energie sammelt, welche des Tages über anhält, bis sie erschöpft, sich während des Schlummers der schweigenden Nacht neuen Ueberschuß erzeugt und so neue körperliche und geistige Arbeit ermöglicht? — Wenn nun ähnliche Fragen einer Wissenschaft an einen Physiologen zum ersten Male herantreten, ist deshalb der Physiologe, oder ist nicht vorerst die Wissenschaft oder der Unwissenschaftliche selbst unklar? — Sollten demzufolge wir Juristen nun aus ähnlichen Gründen nicht auch das anorganische wie organische Leben des Rechts chemisch-empirisch untersuchen müssen, so, wie die Römer uns realistisch vorausgegangen, den ganzen, damals lebenden Bau des Rechts ausgeschieden und in ein reales System gefügt? Ist denn nicht wirklich dieser Bau des Rechts gleichfalls sogar dem des Menschen ähnlich? (§ 5 S. 517 ff.) Gibt es in ihm nicht auch feste und flüssige Elementarstoffe? (§ 6 S. 561 ff.) Gibt es so in ihm nicht auch einen „Geist neben einem Körper?" (§ 6 I a und b.) Sind alsdann nicht auch beide, Menschen und Rechte, nur das Produkt ihrer Verhältnisse, gebunden an „Zeit" und „Raum" (§ 6 I c und d), gebunden auch an äußere „Formen" des Geistes und Körpers? (§ 6 II). Gibt es dann im Rechte nicht auch eine Bewegung, wie in jeder Geschichte überhaupt: eine Bewegung der festen und flüssigen Stoffe (§ 2 II a), einen Stoffwechsel des Geistes und Körpers des Rechts, der geistigen Ueberzeugungen wie der Geschichte (§ 6 und 7), wie einen organischen Aufbau mittels dieser beiden, eine materielle wie formale Construktion (§ 1 S. 69 ff., § 5 S. 506 ff.) aus, zum



Digitized by Google

Theil alten überlieferten Stoffen mit theilweise geistig geschaffenen Neubildungen (§ 2 I 2)? Und diese realistisch mit Händen zu greifenden Gebilde alle sollten: Unklarheit sein? Sollten wir deshalb fortfahren, nur in einem Chaos von lebenden Präjudizien oder ausgegrabenen sogenannten überlieferten Quellen wie in einer todten, stabil gegebenen Masse zu wühlen, um niemals, gleich dem Astronomen, die Nebel einer Milchstraße in das Leben beweglicher Sterne innerhalb des Organismus des Weltalls aufzulösen und dessen Gesetze zu studieren? Wir sollten da, gleich juristischen Höhlenbewohnern und Murmelthieren unseren Winterschlaf fortsetzen wollen, während sich nach Ihering ein nahender Frühling kündet?! Sollte sein Geist nie zu einem Körper gelangen? Sagt man uns denn nicht gerade im Gegentheil: Wissenschaft macht frei? Erst wenn wir also die realen Gesetze des Lebens und der Praxis des Rechts mit seinem Geist und Körper aus realer, praktischer Erfahrung auch „wissenschaftlich" gewonnen haben werden, erst dann werden wir umgekehrt auch beide klar und frei beherrschen können: Vorausgesetzt, daß dies uns je möglich werden wird!

5. Einwand der Unmöglichkeit. Ist das Ziel der Erforschung eines realen Lebens des Rechts mit seinem Geiste und Körper denn auch möglich? Diese Frage freilich berührt bereits das sachliche Gebiet. — Schon aber schwellen diese Zeilen zu einem langen Vorworte an. Und es gibt doch eine Anschauung, zufolge deren das Vorwort sich auf persönliche Notizen allein beschränken, alle sachliche Darstellung aber in den trockenen Text jagen sollte! — Aber freilich unsere besseren Juristen, welche zugleich Principien oder gar eine Schule einleiten wollen, haben sich daran nie gekehrt und nie auf eine größere, vorbereitende Vorrede verzichtet. So Savigny's System wie Ihering's Schriften, das deutsche Privatrecht von Runde bis Gerber ꝛc. Nun sind ja zwar unsere Praktiker, die bisherigen Träger der Wirklichkeit im Rechte, in der Wissenschaft der Gegenwart bisher nicht wieder cotiert und marktgängig, wie dereinst in Rom! Uns fällt es deshalb auch gar nicht ein, uns solchen großen Juristen beigesellen zu wollen. Aber, zu überzeugen und aufzuklären, müssen doch auch wir versuchen, wenn wir nun vielleicht zeigen wollen, wie gerade im realen Leben und der Praxis die, realistisch allein haltbare Wissenschaft des Rechtes ruht, welche nach Römerart auch wieder gehoben werden kann! Auch wir werden deshalb, bei nachsichtiger Gestattung des geneigten Lesers, eines längeren Vorwortes nicht entbehren dürfen. Denn Vielen wird die Zeit nur gestatten, das Vorwort zu lesen. Andere, selbst auch dem Leben des Rechts zugeneigte Leser aber legen sonst unsere Untersuchungen vielleicht sofort aus der Hand: sie zweifeln sonst in vorneherein an der Möglichkeit einer Vereinigung unserer bisherigen Schulen, des Naturrechts und der Geschichte, von Geist und Körper im realen, praktischen Rechte, ohne unseren Untersuchungen auch nur bis zu den mühsameren induktiven Einzelbeweisen des Textes hinab zu folgen! — — Unser Vorwort gleiche deshalb hier gewisser-

Digitized by Google

maßen der Introduktion oder Ouverture eines Tonwerkes: Es versetze uns in die Stimmung des Themas, selbst auf die Gefahr hin, daß dies Thema dann in der Ausführung des folgenden Textes wiederklingen muß! Deshalb werden wir den geneigten Leser schon im Vorworte veranlassen, uns freundlichst einen Augenblick wieder, (wie schon seit 1865) in die Werkstätte des Rechts zu folgen. Dort können wir ihm vielleicht, schon jetzt im Vorworte, ein flüchtiges Momentbild unserer jetzigen Rechtsentwicklung unterbreiten. Dort können wir ihm wenigstens auch einstweilen zeigen, wie uns schon jetzt zwei Vorbilder, als Modelle einer Wissenschaft eines realen Rechtes, zu Gebote stehen: I. das praktische Civilrecht unserer Culturwelt seit den Römern überhaupt, II. das, seitdem von Ihering mit dem Verf. gleichfalls angezogene Vorbild der praktischen Rechtsschöpfung eines deutschen Reichs durch mächtige Baumeister, durch einen deutschen Kaiser Wilhelm I. und dessen großen Kanzler: welche gleichfalls Geschichte und Naturrecht zu einem mächtigen Rechtsbaue vermählten! — Haben wir aber solche reale Vorbilder eines Rechts vor uns stehen, dann werden ja die Werkleute unseres nationalen Rechts nichts weiter zu thun haben, als aus diesen realen Vorbildern die, dort eben stillschweigend und concludent angewandten Principien der hierin liegenden praktischen oder realistischen „Schule" unseres Rechts zu abstrahieren! — So kredenzen wir nach guter alter deutscher Sitte sofort beim Eintritte unserem geehrten Gaste zum Willkomm den Probetrunk! —

I. Das praktische Civilrecht, selbst das casuistische Präjudiz unserer Culturwelt, vereinigt bisher, vor allem schon formal greifbar, Naturrecht und Geschichte, den Inhalt der beiden bisherigen Rechtsschulen zu einer organischen Einheit: — Dadurch nämlich, daß alles real geltendes praktisches Recht den sämmtlichen allein positiven „Rechtsquellen" gehorcht! Diese Rechtsquellen sind bekanntlich: entweder Gesetz oder Gewohnheitsrecht. Beide sind ein, im Rechte bereits Geschehenes, also Geschichte! Oder aber da, wo im Rechte noch nichts Bindendes „geschehen" ist, also bei neuen Rechtsfragen, sind als Rechtsquelle entscheidend: die inneren Gründe oder das sogenannte Juristenrecht. Weil nun aber eben hier alsdann noch kein, früher geschehenes und gegebenes Recht, d. i. noch keine Geschichte vorliegt, muß hier offenbar ein Recht erst aus den erwähnten inneren Gründen, Billigkeit, ratio, natura geistig oder mittels Vernunft neu geschaffen, construiert werden. Diese „geistige" Neubildung eines Rechts ist aber eben das Wesen eines „Naturrechts": So vermählen also greifbar und spielend schon formal die positiven Rechtsquellen innerhalb eines jeden realen, praktischen Rechts: Geschichte und Naturrecht, einen Körper und einen Geist unseres real lebenden Rechtes!

Deshalb muß wohl auch materiell das, so formal durch die positiven Rechtsquellen dargestellte, positive praktische Recht Geschichte neben Naturrecht enthalten. Wir werden nun in § 6 I a ersehen,



Digitized by Google

wie materiell in der That jedes geltende Recht diese beiden vereint, und in § 6 I b, wie alles Recht in realer Wirklichkeit „lebt" mit Geist und Körper, also: durch Naturrecht und Geschichte! Weiters werden wir sehen, daß nicht blos von jeher jede Praxis, sondern auch die praktischen und classischen römischen Juristen, unsere classischen Vorbilder so, mittels der Rechtsquellen, fortwährend Geschichte neben Naturrecht unmittelbar aus dem Leben schöpfen. Denn (schon in seinen Grundlagen der Geschichte einer römischen possessio, Erlangen, Deichert, 1884, Vorwort S. V ff.) hat der Verf. erwähnt, wie auch die classischen Römer schon Praktiker waren und in ihrer Praxis wie Theorie nimmermehr unseren heutigen Rechtsschulen, entweder dem historisch vergangenen Rechte einer heutigen historischen Schule, ihren XII Tafeln, oder umgekehrt einer Naturrechtsschule je einseitig folgten. Dasselbe vielmehr, was wir heutzutage: Präjudiz, die Römer aber quaestio, responsum etc. nennen, vereinigte laut der Inscriptionen der Fragmente der Justinianischen Digesten die classische „Theorie" der Römer wie ihre Commentare, Digesten ꝛc. sofort und mittels der Rechtsquellen zu ihrem hochclassischen Systeme! Eine Trennung ihrer Theorie von einer Praxis und Wirklichkeit, so, daß sie sich selbst ein Recht, blos etwa zu einer gelehrten Spielerei und zum Irreführen anderer, vorgetragen hätten, ein jus, quod non est, das verboten diese classischen Juristen ja laut des Motto's unseres Vorwortes sogar ausdrücklich! Ebenso verfuhr die römische Kaiserjudicatur, die höchsten Gerichtshöfe des classischen Rom, deren Präjudizien uns der Justinianische codex überliefert! So vermählen auch die Römer mit ihren Präjudizien schon, wie das, die reale Welt wohl von Anbeginne an beherrschende, lebende praktische Recht, überhaupt fortwährend Geschichte und Naturrecht zu einem real lebenden Rechte, wie jede Praxis!

Von dieser realen Grundlage des quellengemäßen Lebens des Rechts überhaupt mit seinem Geiste und Körper, mit Naturrecht und Geschichte nun fiel, neben dem aprioristischen einseitigen Vernunftrechte der Naturrechtsschulen, auch unsere einseitige, theoretisch noch herrschende historische Schule a priori und unwahr ab. Auch die letztere schloß so aus einer grundwahren Prämisse (§ 2 III a S. 215): das Recht lebt, nicht consequent und real weiter, daß alles Recht nur aus diesem quellengemäßen Leben selbst, sondern sie schloß gerade umgekehrt, inconsequent und a priori: daß alles Recht nur einseitig aus einer gesammten geschichtlichen Vergangenheit allein zu ersehen sei! Damit aber brach die Schule mit dem Leben und selbst mit der realen Geschichte! Denn jede Geschichte lebt ja und bewegt sich: Eine vergangene Geschichte somit ist für uns heutzutage zugleich ungeschichtlich. Damit aber bedürfen unsere beiden bisherigen Schulen jetzt wieder einer besseren, real geschichtlichen Rechtswissenschaft! — Näher betrachtet stellt nämlich das Programm Savigny's (§ 2 III a S. 215) folgende 3 Sätze auf: 1. Geltung einer gegebenen Geschichte an Stelle eines geistesschaffenden Naturrechts; 2. trotzdem aber nie-

Digitized by Google

mals Stillstand, sondern geschichtliche Bewegung und Entwicklung, und 3. die hieraus resultierende grundwahre Prämisse des, sich bewegenden Lebens, gleich dem Leben des Menschen, der Sitte, Sprache, Verfassung. — Gerade im Gegentheil adoptiert aber Savigny's Schlußfolgerung oder Anwendungsprincip: „der Stoff des Rechts ist durch die gesammte Vergangenheit der Nation gegeben" (Savigny's Zeitschr. 1815 I S. 6), wieder umgekehrt nur den, soeben unter 2 verworfenen Stillstand (in einer gesammten Vergangenheit); Savigny negiert so auch hier wieder das Fortschreiten des Rechts zu dem soeben zugegebenen (quellengemäßen) „Leben" der Gegenwart unter 3., und er erfindet sich sodann lediglich a priori, auf Grund des, unter 1 von ihm selbst verworfenen Naturrechts, aller realen Geschichte und Empirie zuwider, das grundfalsche Schulprincip, daß nur das „vergangene" Recht, daß also nur einseitig ein stabiler Körper der Geschichte ohne nothwendig lebenden Geist als geltendes Recht gegeben sei! An Stelle eines real „gegebenen Lebens" somit setzt er jetzt diese, nicht mehr nothwendig lebende „Vergangenheit"! Die wahre Prämisse sieht so auf dem Papiere: Zur Anwendung aber gelangte die falsche inconsequente Folgerung der historischen Schule! — So bedarf die historische Schule jetzt allerdings des Vorbildes eines real lebenden, praktischen Rechts, welches wissenschaftlich zu erfassen ist. Denn die Folgen dieser Ungeschichtlichkeit und Inconsequenz Savigny's mußten so bisher folgende sein: 1. — Eine materielle Trennung der historischen Theorie von Leben und Praxis, eben infolge der Anwendung von Antiquitäten des vergangenen statt eines positiv lebenden, quellengemäßen Rechts: Diese Trennung gesteht Savigny in der Folge (Syst. I Vorrede S. XXV) selbst als das „Hauptübel" unseres Rechtszustandes zu! Die Pflege des fortschreitenden „Lebens" des Rechts aber, der heutigen geschichtlichen Neubildungen von der Art des § 212, welche er infolge Unerfahrenheit in dem Leben des Rechts mit Naturrecht verwechselte, überließ Savigny jetzt ausschließlich dem cavinistischen Präjudize einer wissenschaftlich unbewußten Praxis! Dieses verblieb so jetzt der einzige Ausdruck, die einzige viva vox eines Lebens des Rechts ohne jede weitere Wissenschaft! — 2. Eine weitere Folge: eine falsche formale Methode; jene oben unter 2 bereits erwähnte schädigende Aprioristik, an Stelle einer Empirie, welche erfahrungsgemäß die Rechtsquellen als die alleinigen formalen Gesetze der realen Rechtsdarstellung zeigt! Gleich dem magister der Glosse behängte sich so auch unsere historische Schule nur äußerlich mit weiland classischen Formeln eines Pergamentes ohne reales Verständnis des Lebens des Rechts, und wähnte sie sich so allein schon gleichfalls als Classikerin! (S. 269 ff.): Sie trug aber so nur ein vergangenes Recht, gleich dem Diktate eines Wagner, schwarz auf weiß urkundlich nach Hause, ohne zu ahnen, daß so doch diesem Kinde und Buchstaben bei dem Ritte durch Jahrtausende, gleich dem Kinde eines Kronos-Erlkönig, der Geist und mit ihm das Leben zu entfliehen

Digitized by Google

begann! — 3. Eine dritte Folge aber war jetzt geradezu: eine trostlose Isolierung beider Träger des Rechts: unserer Theorie und Praxis: Der Wirklichkeit der Praxis stand jetzt keine Theorie oder Wissenschaft mehr, der historischen Theorie keine wirkliche oder reale Geltung mehr zur Seite! Die lebenden Präjudizien, aus welchen, wie gezeigt, dereinst hochclassische römische Juristen ihr bewährtes, noch eine Nachwelt beherrschendes System fügten, lagen so jetzt, etwa gleich den disjecta membra einer zeitkündenden Uhr der Gegenwart, in den heutigen Präjudiziensammlungen zerstreut da. Sie durfte aber beileibe Niemand zu einem einheitlichen lebenden Systeme fügen; denn jede Bewegung, auch eine geschichtliche, schien der Politik der herrschenden Doktrinäre einer historisch romantischen Schule bloßes Naturrecht und: staatsgefährlich; als ob sich dies „geschichtliche" Leben, wie die Geschichte selbst, nicht auch ohne formale Darstellung des Systems eines Zeitmessers dennoch bewegte! Das das flüchtige Bild der eigentlichen (älteren) historischen Schule! Das bewirkte das Fehlen einer realen, praktischen Wissenschaft!

Die Zeit — aber bewegte sich dennoch! — Die Präjudizien kündeten trotzdem eine fortschreitende Bewegung des Rechts, von einer Ausdehnung, Macht und sachlichen Bedeutung, daß, ohne ihre Beachtung, eine Lehre geradezu mehr und mehr bedeutungslos zu werden drohte! Die Zeit, in welcher die Hugo, Rudorff, Huschke, Keller, Eichhorn, Albrecht ausgegrabene Rechtsalterthümer, vorjustinianische Jurisprudenz, Palimpseste, Lacunen, Senatusconsulta, mittelalterliches Recht, von hohem Werthe für Rechtsgeschichte, auch im Dogma wie lebende Pandekten lehrten, hatte sich so überlebt! In der Praxis hatten deren Lehrbücher ohnehin niemals entscheidenden Eingang gefunden! Nur mit Gewalt, nur mit Hilfe der, durch ihr Versprechen irregeführten und geschädigten Regierungen, daß ihre Antiquitäten eines vergangenen Rechts allein den Staat erretten, hatte zuvor die romantische Schule die Lehrstühle und fast die gesammte periodische, rein wissenschaftliche Litteratur an sich zu reißen gewußt. Das Bedürfnis diktierte aber jetzt eine Wiederumkehr beider extremen Schulen unserer Wissenschaft zur Wirklichkeit! — — Eine „Uebergangsperiode" begann. Sie schritt indessen, infolge der Abwendung der historischen Schule von allem realen Leben zur ewig stillestehenden Vergangenheit, nur höchst mühsam, etwa in folgenden Etappen fort: — Deren erste Etappe. Sie bot, wer sollte es glauben? die, auch von Ihering betonte Doppelnatur eines Savigny selbst, welchen ebendeshalb der Verf. schon 1865 als den großen Cunctator bezeichnete: Auf der einen Seite zeigt er eine Zurückführung unseres Volkes zu romantischer, antiker und sonstig stabiler Vergangenheit. Auf der anderen Seite aber bereits die Eröffnung eines Blickes auf ein lebendes sich bewegendes Recht, welches keinen Augenblick Stillstand biete, auf ein „Ueberwinden des römischen", und sogar auf: ein „kommendes nationales" deutsches Recht!! (§ 2—3 S. 217, 334.)

Digitized by Google

Mußte da derselbe Savigny nicht der Moses sein wollen, welcher (nur aber leider durch die bloßen klassischen „Formen" der Römer allein schon verzückt), uns nicht sofort in ein gelobtes Land eines reich quellenden Lebens führen wollte, um uns auf seine eigne Lebensdauer vorerst in einer leblosen Wüste an den classischen Formen einer großen Vergangenheit zu stählen: Solange, bis wir unser eignes nationales Recht nach seinen eignen Worten „mit derselben Freiheit" beherrschen sollten, „die wir an den Römern bewundern"! Dieser Moses sah ein Kanaan nicht mehr. Daß er aber in der That ein solcher Moses sein wollte, deuten auch seine Worte an. (Vom Beruf unserer Zeit, Ziff. 8 a. E., 3. Aufl., S. 134): „Als das jüdische Volk am Berge Sinai das göttliche Gesetz nicht erwarten konnte, machte es aus Ungeduld ein goldenes Kalb, und darüber wurden die wahren Gesetzestafeln zerschlagen!" — Eine zweite, praktischere Etappe aber bot der geniale Praktiker Joh. Ad. Seuffert: Genial, nicht durch die Pflege eines dereinst lebenden, classischen Cadavers des Rechtes antiker Römer; wohl aber durch Verständnis des Lebens des Rechts unseres eignen Volkes innerhalb der Gegenwart! Kaum hatte nämlich ein Savigny seit 1840 die, noch jetzt unvollendeten Bände des vergangenen römischen Systems, zur unmittelbaren Anwendung für uns heutzutage, zu veröffentlichen begonnen, welches die, von ihm selbst theoretisch gelehrte Bewegung und Neubildung unseres eignen geschichtlich lebenden Rechts von der Art des § 212 verkannte: als seit 1847 J. A. Seuffert's Archiv erschien; dies sammelte nun dieselben Präjudizien, dieselbe viva vox eines jeweiligen Lebens des Rechts der Gegenwart auch bei uns, aus welchen, wie der Verf. seit 1884 erwähnt, laut der Fragmente der Justinianischen Digesten dereinst die classischen römischen Juristen unmittelbar ihr eignes lebendes System sich bereiteten: J. A. Seuffert zeigte da mit einem Schlage, wie in „realer" Wirklichkeit bei uns heutzutage vom Felse der heimischen Alpen bis zum nordischen Meere ein zum Theil anderes nationales Recht „materiell" fortwährend real, greifbar lebt, als das vergangene römische Savigny's, und wie so antike classische Formeln allein unser materielles Recht nimmermehr ersetzen können! Leider fehlte so nur der Materie Seuffert's noch die Darstellung des rechtfertigenden wissenschaftlichen Principes und die Schulung des Classikers Paulus: ex jure, quod est, regula fiat! — An diese nämliche Etappe schloß sich, darin als bloßer Nachahmer Seuffert's und offenbar von dessen Vorbilde angeregt, alsdann die systematische Präjudiziensammlung Windscheid's an. Auch ihr fehlte es freilich ebenso noch an dem leitenden Principe der Schule eines realen, praktischen Rechtes, an Stelle einer historischen Schule des vergangenen Rechts. Unter dem umgekehrten Vorwande, daß er trotzdem der historischen Schule anhänge! (§ 3 IV, 4) brachte er aber so dasselbe praktische Recht, welches die Praxis beherrschte, thätsächlich und casuistisch wenigstens, wenn auch nicht theoretisch, nun auch in unserer Theorie zum Siege! — Eine dritte Etappe

Digitized by Google

brachte die Construktion Gerber's und Ihering's! Was ist eine solche Construktion? — Eine „Neubildung" gegenüber der Subsumtion unter das Recht der gesammten Vergangenheit einer historischen Schule: — Dieselbe, zu welcher sich die Praxis, gleichviel ob unbewußt, wohl von jeher, wohl vom Anfange einer Welt stillschweigend gezwungen sah, wie jedes Beispiel des praktischen heutigen wie römischen Rechts (in § 2 I 2 und § 5—7) beweisen wird. Diese Construktion erklärt somit endlich das stumme Handeln des Lebens wie der Praxis wissenschaftlich! Und den Profit, welchen die Schule des realen praktischen Rechts aus dieser dankenswerthen, wissenschaftlich klärenden Entdeckung unserer Theorie eraten kann, versäumte der Versuch des Verf. nicht, sofort in seiner Erstlingsschrift (Untersuchungen über d. heut. Schmerzengeldklage, nebst allg. Erört. über die Methode des einheim. Civilrechts, Erlangen, Deichert, 1860) einstweilen für das vaterländische Recht nutzbar zu machen. Denn populärer gesagt, auch die Praxis mußte von jeher construieren oder neu bilden: soweit das Recht der gesammten Vergangenheit Savigny's: die geschichtlichen Rechtsquellen des Gesetzes und Gewohnheitsrechtes, für sie eben nicht ausreichten! (§ 1 S. 69 f., 185 ff., § 5.) — Eine vierte Etappe endlich ist eine, jetzt kommende generelle „Construktion" oder Neubildung unseres Rechts durch unsere nationale Civilgesetzgebung! (Davon § 9.)

Reicht nun schon diese Uebergangsjurisprudenz für uns an Stelle einer „realen oder praktischen Wissenschaft" aus? — Noch ist auch sie freilich ein innerer Widerspruch mit sich selbst. Denn noch adoptiert auch sie, wie z. B. Windscheid, im Präjudize nur die „einzelnen" casuistischen Produkte der geschichtlichen Bewegung des „Lebens" des Rechts der momentansten „Gegenwart": im Principe aber wähnt sie, mit dem conträren Schulprincipe der historischen Schule, noch bei dem Rechte der gesammten, andern „Vergangenheit" stehen bleiben zu können, welches dieses sich bewegende Leben und die eigne Prämisse der historischen Schule wie jedes einzelne Präjudiz, welches vergangenes Recht modificiert, als berechtigt möglicherweise leugnet! Denn was vergangen, ist doch nicht nothwendig lebend und gegeben, und die Gesetze, welche uns zur Vergangenheit zurückführen, führen uns nicht zum Leben der Gegenwart! Gleichwie also dereinst der magister der Glosse nur den Buchstaben des classisch römischen Rechts schwarz auf weiß, d. i. zum Theil dessen Cadaver, nach Hause trug, so trägt jetzt diese Uebergangsperiode vorläufig im Grunde nur die Buchstaben des, später doch wieder gleichfalls vergehenden Lebens des Rechts und der Praxis im Präjudize nach Hause, ohne doch noch die treibenden Prinzipien oder die „Schule" des Lebens zu begreifen, welche dies Leben selbst erst erzeugt; die Schule, welcher sie doch concludent und unbewußt durch Adoptieren des einzelnen Produktes dieses lebenden Rechts selbst schon gehorcht: Ein Sieg des praktischen Schulprincipes des, sich bewegenden Lebens somit in der Casuistik des einzelnen Präjudizes, ein fort-

Digitized by Google

geletzter Kampf dagegen dieſer Uebergangsperiode gegen dasſelbe „praktiſche“ Princip des Lebens des Rechts im Principe, ſolange dieſe Zeit bei dem Schulprincipe des Rechts der „Vergangenheit“ der hiſtoriſchen Schule ſtehen bleibt! Noch immer ferner (entfernt ähnlich Fritz Mauthner's Satyre: „Kraft“) jene ſchweren Anklagen unſerer ſchuldloſen, allein Recht und Staat errettenden! Praxis durch einen, ſich unfehlbar dünkenden Apparat unſerer Doktrin wegen eines „Deliktes“ der Staatsgefährlichkeit, während doch der eigentliche Thäter einer Staatsgefährdung in dieſem Apparate ſelbſt ſitzt! Noch immer formal ein Eſſen von der verbotenen Frucht der Aprioriſtik ſeitens unſerer hiſtoriſchen Schule, deren Genuß (S. XII) die Schlange, jene Muhme eines Mephiſto uns als Erbſünde ſeit der Schöpfungsgeſchichte in's Stammbuch geſchrieben: eritis sicut Deus, scientes, während doch gerade dies ihr scire (a priori) es iſt, welches allein ihre Sinne mit einer Krankheit unſerer Zeit, dem morbus aprioristicus, umgaukelt, umnachtet und fieberhaft durchwühlt: ein theoretiſches ſich Auflehnen gegen das höhere Geſetz einer Schöpfung und Weltordnung, welche geordnet, daß jede Geſchichte über eine „geſammte Vergangenheit“ einer hiſtoriſch-romantiſchen Schule hinaus lebt und ſich „bewegt“ mit ihrem Geiſt und Körper!

So wird aber auch dieſe „Uebergangsperiode“ unſerer hiſtoriſchen Schule nicht ewig ausreichen können, und wird das praktiſche Recht Roms und unſerer Culturwelt der Gegenwart noch immer ein erſtes „Vorbild“ abgeben für eine Wiſſenſchaft einer beſſeren, realiſtiſchen oder praktiſchen Rechtsſchule, welche jetzt auch Ihering verlangt! Dies eine Vorbild ſchon wird eben an die Stelle des Schulprincipes des „vergangenen“ Rechts der hiſtoriſchen Schule ein Begreifen eines quellengemäßen „Lebens“ des Rechts, ein jus, quod est, nach Römerart fordern, welches Geſchichte und Naturrecht als realiſtiſche oder praktiſche Rechtswiſſenſchaft vermählen wird!

II. Noch auf ein zweites Vorbild aber für eine beſſere, realiſtiſche Rechtswiſſenſchaft verweiſt uns jetzt Ihering in ſeinem Briefe vom 15. September 1888 an den Fürſten Bismarck: auf die Rechtsſchöpfung des deutſchen Reichs! Und auch der Verf. hat dies früher verſucht, (in ſeiner Schrift: Zur Kritik der heut. Negatorien-ꝛc. Klage und damit zur Kritik der herrſchenden hiſtor. Schule. Jena, Maucke's Verlag, 1873, Vorwort S. XXVII), mit den Worten: „Unſer deutſcher Kaiſer iſt nicht der, nach dem hiſtoriſchen Rechte wieder aufgerichtete Kaiſer des heiligen römiſchen Reiches deutſcher Nation, ſondern der „deutſche Kaiſer“. Seine Rechtsbaſis iſt alſo eine andere, als die hiſtoriſche ſchlechthin (einer hiſtoriſchen Schule); und gewiß zweifelt niemand daran, daß dieſer Kaiſer poſitiv und von Rechtswegen beſteht.“ — Zwei Zwiſchenfragen aber werden ſich uns gerade hier vorerſt zur Beantwortung aufdrängen! —

Einmal: Fürſt Bismarck hat damit doch nur ein öffentliches Recht geſchaffen. Wir aber ſuchen hier doch ein beſſeres Privatrecht! Was

Digitized by Google

nützt uns also da eine Rechtsschöpfung des öffentlichen Rechts? — Aber das, was auch Politik und Staat in allen ihren Funktionen und Befugnissen als beste Politik, wie eine virtus per se expetenda beseelt, ist wohl vor allem: Verständnis und Gewährung des „Rechts". Justitia fundamentum regnorum! Ein „Rechtsstaat" in diesem Sinne also muß deshalb wohl das Ideal einer Staatsleitung auch in allen ihren einzelnen Sparten sein! Und hat uns denn nicht überdies auch im positiven Rechte bereits Savigny längst zur Genüge belehrt, wie dieselben Grundgesetze des Rechts: sowohl im öffentlichen, als im Privatrechte wiederkehren? Mit richtigen Abmaßen ist dies zweifellos der Fall! (§ 1, 4 II, § 4 C c.) Sehen wir deshalb nicht schon in der Geschichte der bisherigen unzureichenden Rechtsschulen selbst das fortwährende Ueberspringen der Grundgesetze vom Privat- auf das öffentliche Recht und umgekehrt? — Die Naturrechtsschulen beispielsweise sind ja bereits zur Zeit eines Hugo Grotius entstanden; erst zur Zeit eines Thomasius aber erfolgte die Trennung der Lehre des öffentlichen von der des Privatrechtes. So nun übertrugen sich schon die Extreme eines Naturrechts fortwährend abwechselnd bald auf das Civilrecht, bald, vermittelt durch einen Pufendorf, Conring ꝛc. zum Theil schädigend auf das öffentliche Recht selbst der Encyclopädisten, auf Jean Jaque Rousseau: Sie erzeugten die französische Revolution! (§ 1, 5 I.) — Die historische Rechtsschule Hugo's und Savigny's umgekehrt entstand nun zwar eigentlich auf dem Civilrechtsgebiete. Wie bald aber übertrugen sich auch deren Consequenzen auf das Staatsrecht eines Stahl, Gerlach, Metternich und führten sie an Stelle eines lebenden und belebenden Staatsrechts zu dem gewaltthätigen Polizeistaate der Romantiker, und um 1830 und 1848 fortwährend an den Rand politischer Revolutionen! — Wenn sich also schon bisher die Consequenzen falscher Rechtsschulen schädigend vom Civilrechte auf das Staatsrecht übertrugen, warum sollten sich da nicht auch einmal umgekehrt die segenbringenden Consequenzen eines staatsrechtlichen Meisterbaues eines Fürsten Bismarck auf unser Civilrecht als Vorbild zurückübertragen lassen? Und ebenso entstand ja auch die, jetzt noch theoretisch herrschende historische Schule wenigstens in ihren Extremen aus öffentlichen und politischen Motiven. (§ 1, 4 II S. 84 ff., § 1, 5 II, § 3.) Wir werden also, ohne fortwährendes Beachten der Gründe und Geschichte einer Politik im Staatsrechte, auch die Rechtsschulen unserer Gegenwart niemals ganz verstehen können!

Eine zweite Zwischenfrage: Hat nun aber auch wirklich die, vom Fürsten Bismarck concludent geübte Politik Grundsätze, so daß es möglich ist, daß auch sie für unser Civilrecht ein Vorbild biete? — Hier allerdings findet sich leider unser, praktisch geübtes Staatsrecht wieder in einer ganz ähnlichen Lage, wie unser praktisches Civilrecht und wohl alles praktische Recht: Niemand, weder eine Theorie noch die Praxis selbst, will glauben, daß ihr praktisches Recht

Digitized by Google

Grundgesetze haben muß, andere, als die, unserer bisherigen doktrinären Schulen! Gerade die Organe also, auf deren freundliches Mitwirken und wohlwollende Unterstützung ein reales Rechtswissen im Sinne Ihering's zur Ordnung des Rechts wir zum Wohlergehen unserer Nation in Staats- und Privatrecht vor allem wird rechnen müssen: gerade sie scheinen noch immer, verleitet durch unsere beiden bisherigen aprioristischen Schulen, daran zu zweifeln, daß eine praktische Rechtswissenschaft möglich; ferner, daß die reale Weltordnung einer Geschichte Gesetze hat und haben muß! — Denn fragen wir bisher unsere Tagespresse: was ist Staatenpolitik? Dann wird sie uns wörtlich antworten: in der „Realpolitik scheint es nur einen Grundsatz zu geben"; und der ist: „keine Grundsätze zu haben"! Und fragen wir dann weiter eine, uns gerade zufällig begegnende neuere Theorie einer Politik! Auch sie wird uns sagen: „Erfolg allein sei der absolute Zweck jeder Politik"! So sehr ist bisher unsere öffentliche Meinung durch unsere falsche aprioristische extreme Doktrinen und Schulen abgeschreckt, überhaupt nach Grundsätzen einer Geschichte in realer Politik wie realem Rechte sich umzusehen; und fast niemand forschte noch bisher offen nach deren Grundgesetzen!

Was wäre nun aber die Folge solcher, bisher geläufiger Anschauungen, daß das real geltende Recht kein Recht, und daß ein Recht nur das, unserer bisherigen doktrinären Schulen sein sollte? Die Folge wäre eben: Recht und Consequenz könnten hienach nur die beiden folgenden Extreme sein: Nur entweder die extreme historische Schulanschauung von „Rechts", welche nur „vergangenes" Recht als geltendes anerkennt? Dies Recht aber ist real zum Theil erstorben und in der Gegenwart unmöglich: Fortwährend also müßte dies doktrinäre romantisch-fanatische Zurückschreiten einer Reaktion wieder mit Gewalt und Blut, mit Kerker, Pulver und Blei erkauft werden! Ein Rückschreiten zum Mittelalter, zum Absolutismus eines Ludwig XIV., zu Byzantinismus, wie es nothwendig thatsächlich das Gebahren einer historischen Schule und der Legitimisten zur Zeit eines Savigny, Stahl, Metternich, Gerlach, Hassenpflug ꝛc. zum Gefolge haben konnte!! — Oder es müßte nur immer wieder umgekehrt die entgegengesetzte doktrinäre Schulanschauung des Naturrechts als alleiniges Recht erachtet werden? Deren extremes Vorwärtsstürmen einer Aktion nach Links aber würde sich in ewig unausführbaren, aprioristischen Versprechungen von schrankenloser „Völkerfreiheit, Völkerfrieden, Völkerwohlstand ohne Rücksicht auf Geschichte und reale Ausführbarkeit nur fortwährend gegenseitig zu überbieten und zu übertrumpfen suchen und das Volk nur zu Illusionen und Elend führen: Zu aprioristischen Vernunft-Doktrinen des Naturrechts der Robespierre, Lassalle, Marx, Bakunin, Reclus, Krapotkin ꝛc. ꝛc., des schrankenlosesten Radikalismus, Socialismus, Communismus und der Anarchie! So wären Gräberfunde und grell zündende Blitze ätherischer Luftgebilde, welche uns nur zu versengen vermögen, ewig die alleinige Folge des Rechts nach der

Digitized by Google

Aprioristik unserer Doktrinäre, welche uns ein Surrogat bieten sollte für die reale Weltordnung des „Lebens eines Rechts“! — — Recht und Consequenz sollte theoretisch so niemals ein Drittes sein: das reale, von jeher wirklich geltende und allein mögliche Recht derjenigen Rechtsquellen, welche in der Weltgeschichte allein von jeher die reale Welt beherrscht haben? Recht also sollte an Stelle jener beiden aprioristischen Utopien so schulgemäß beispielsweise nicht sein dürfen: das, was die Friktionen der Parteien nach langen Kämpfen erst sich selbst vermittelnd als reales Recht gesetzt, was infolge hievon bisher alle Parteien selbst als „reales“ Recht achten und befolgen: das Gesetz? Recht sollte ferner nicht sein das, auch im öffentlichen Rechte geübte, allgemeine Gewohnheitsrecht, der tacitus consensus »omnium« oder doch das geübte Recht der zur Entscheidung berechtigten Mehrheit infolge Bewußtseins eines Zwanges der Nothwendigkeit (opinio necessitatis)? Denn unsere Gesetzgebung wie unsere Uebungen zeigen ja beide weder jene Despotie noch Anarchie: wären also Inconsequenz und Unrecht! Recht sollte ferner nie sein jenes, mitten zwischen dem Rasen der Extreme ewig mahnende, unverrückte Gewissen der Völker, die Moral der Herrscher und Beherrschten vereint, welche wir in ihren größeren Zügen als eine öffentliche Meinung des ganzen Volkes kennen lernen, und welche in ihrer Wirkung, den inneren Gründen des sogenannten Juristen-, wissenschaftlichen oder Naturrechts des Civilrechts vergleichbar, eine reale Welt regelmäßig subsidiär, in Ausnahmsfällen selbst primär, beherrscht? (§ 7 A 4 mit § 4 C c S. 417 ff.) Alle diese real geltenden „Rechtsquellen“ freilich werden zwar nimmermehr einem unserer beiden Extreme: des Naturrechts wie der historischen Schule, weder einer Anarchie noch dem Legitimismus unbedingt Recht geben und genügen. Aber sie beherrschen wohl vom Anbeginne einer Geschichte real die Welt; sie haben, wie erwähnt, bisher allein alle Weltkämpfe real mittels ihres consequenten Maßhaltens zwischen Extremen von einem Menenius Agrippa bis zu einem Bismarck herab zu versöhnen und zu richten gewußt: nicht blos dereinst einen Kampf zwischen Patriciern und Plebejern in Rom, sondern auch die Kämpfe unseres eignen deutschen Mittelalters zwischen Adel und Zünften, dann eine englische, französische, deutsche ꝛc. Revolution; sie eben werden, richtig angewendet, auch in Zukunft allein unsere sozialen Kämpfe durch Einsicht wieder versöhnen können! — Nach ihnen also ist ein besserer Rechtsstaat künftighin vom aprioristischen zum realen, empirischen umzugestalten: Zum Staate eines realen Rechts! — Freilich geben wir ja zu, daß eine unbewußte Politik wenig nach einem Rechte fragt und daß Erfolg auch durch Zufall jede Politik krönen kann! Aber dennoch lenkt unbewußt eine Rechtsidee die Geschichte der Völker. Und ist bisheriges Unrecht einer Politik, namentlich nach Innen, innerhalb des Staatsrechts nicht trotzdem Motiv genug, daß wir auf Grund realer Erfahrung endlich auch nach den waltenden Gesetzen jener, unwillkürlich die Geschichte von jeher beherrschenden,

Digitized by Google

real lebenden Weltordnung forschen? Müßte nicht selbst auch ein Erfolg einer Politik voraussichtlich um so verlässiger eintreten, wenn diese den, unwillkürlich dennoch herrschenden realen Gesetzen der Weltordnung einer Schöpfung und Gottheit dereinst bewußter gehorcht? Wir werden also: mit Ihering und andern endlich zugeben müssen, daß unser Rechtswissen auch hier einen Umschwung fordert von den aprioristischen Utopien unserer historischen und Naturrechtsschulen zu einer realistischen Wissenschaft; mit Bekker aber: daß wir eine Mittelpartei, und zwar im Sinne des Rechts, bedürfen; wohl freilich nicht eine Mittelpartei von „Personen", welche zufällig zwischen den Parteien wieder anderer Personen sitzen! Wohl aber eine „Mitte des Rechts" zwischen unrealen Extremen, welches zwischen den Weltkämpfen des alten und neuen Rechts der Extreme unserer bisherigen Rechtsschulen von jeher geschichtlich entschieden hat; bald radikal, bald streng conservativ, so wie es eben ewige „Rechtsquellen" gebieten an Stelle von Zufall und Laune, (§ 4 S. 419). Denn sie kann uns allein von den Phantomen und Fata Morganas der beiden aprioristischen Extreme unserer bisherigen aprioristischen Rechtsschulen retten!

Fürst Bismarck nun hat eine solch' bessere, realistische Rechtsschule der Politik nebst ihren Gesetzen mit segenbringendem Erfolg real, praktisch verwirklicht: Innerhalb der legalen Formen der lebenden Rechtsquellen hat er ein neues deutsches Reich gegründet, und das reale Recht der deutschen Nation auf Einheit verwirklicht: Dies Recht wären zuvor weder die Ideale der Anhänger eines bloßen Naturrechts der Paulskirche von 1848 allein, noch auch die Doktrin der Professoren einer historischen Schule, die Savigny und Stahl, mit ihrem gelehrten historisch vergangenen Rechte allein je zu schaffen im Stande gewesen! Er hat es geschaffen, — indem er: quellengemäß Geschichte und Naturrecht, diese Gegensätze unserer bisherigen doktrinären Rechtsschulen, vermählte (§ 4 C c). — Die gegebene „Geschichte" Deutschlands für sich allein nämlich war ja die Zerissenheit unserer Nation: der Partikularismus; die Vernunft des „Naturrechts" dagegen verlangte das, geistig neu zu schaffende Naturrecht: auf Einheit! Fürst Bismarck nun wußte ersterem, dem geschichtlichen Partikularismus innerhalb Deutschlands sogar mit dessen theilweiser Zustimmung, „naturrechtlich" oder geistig neuschaffend aus dessen vergangner Geschichte die Bestandtheile zu entnehmen, aus welchen Geist und Leben entwichen war: z. B. die Kriegsleitung und alleinige Vertretung nach außen. Der Geschichte des Partikularismus aber anderseits gestattete er nichtsdestoweniger die berechtigte Existenz, soweit in ihr noch ein Geist und Leben ähnlich fortlebte, wie etwa in den vereinigten Staaten von Nordamerika und in den Cantonen der Schweiz! So schuf, „construierte" er die „Neubildung" des deutschen Reichs, indem er gegebene Geschichte und geistig neuschaffendes Naturrecht quellengerecht suo loco, am rechten Ort vereinte, nach real lebendem praktischen Rechte: ähnlich jeder Neubildung des praktischen Civilrechts, jeder

Digitized by Google

berechtigten Construktion Iherings! Und eben dieses realistische oder praktische Recht hat so in Deutschland staatserhaltend ganz dieselben Kronen gerettet, welche zuvor das extreme Naturrecht in Frankreich, und das extreme Recht der historischen Schule, letzteres durch sein blindes Festhalten an dem unwahren, blos vergangenen Rechte, in Italien und Deutschland gekostet hat: Dieses Recht also erwies sich allein auch: als staatserrettend!

Mußte dieser Erfolg eines realen Rechts, eines andern, als das unserer bisherigen doktrinären Rechtsschulen, nicht auch auf unsere Rechtsdoktrin von Einfluß sein können? Namentlich die romantische historische Schule ward ja dereinst nur künstlich gerade durch ihre stümperhafte, schadenbringende Politik hoch emporgehoben (§ 1 S. 84 ff., § 3); weil sie durch ihre Antiquitäten! den Staat zu retten vorgab: Zum Schoßkinde der Regierungen, durch Besetzung aller juristischen Lehrstühle mit ihren Anhängern, durch Beschlagnahme der gesammten rein wissenschaftlichen Litteratur für sie allein, durch Maßregelung ihrer Gegnern seit einer deutschen Burschenschaft, von praktischen Lehrern wie J. A. Seuffert, von Richtern! (§ 3 und § 4 D IV): durch Verfolgung gerade des Rechts, welches in der Politik den Staat von jeher rettete, wegen angeblicher Staatsgefährlichkeit!! Jetzt kostete diese extreme Schule selbst so manche Krone, und ein deutscher Kaiser Wilhelm I. selbst baute jetzt mit seinem Baumeister Fürst Bismarck das neue Reich auf der Grundlage dieses, von Doktrinären nur als staatsgefährlich verleumdeten praktischen Rechts. — Mußte da nun eine historische Schule nicht geradezu vor einem dreifachen Scheideweg stehen: Sollte sie jetzt wieder, wie dereinst Meister Savigny alles lebende praktische Civilrecht, so auch das deutsche Reich in seinem Rechtsbestande negieren, bekämpfen und das schulgerechte Begreifen seiner Neubildung von ihrer Litteratur fanatisch ausschließen und todtschweigen? — Oder sollte sie jetzt wenigstens, mit dem Uebergangshistoriker Windscheid, nur die einzelnen Präjudizien, die einzelnen Staatsakte des neuen Reichs acceptieren, das neue praktische Princip des Reichs aber auf Grund des Principes der historischen Schule vom Gelten eines vergangenen Rechts wieder auf Beachtung „keinen Anspruch machen" lassen, und sich jetzt consequent mit allem ihren Sehnen nur wieder zu dem „vergangenen" Rechte, zum alten deutschen Bundestage und noch weiter zurücksehnen? — Oder sollte sie endlich, nach soviel Selbstberäucherung und frenetischem Applause durch ihre eigne romantische Clique gewiß keine kleine, eine ungeheure Aufgabe, den freilich nur eingebildeten Herrscherthron in ihrem Begriffshimmel, sowie den classischen Buchstaben ihrer Ulpiane, Papiniane ꝛc. im Civilrechte verlassen und zum Leben, auf eine reale Erde herniedersteigen, ohne doch dort deshalb bei entsprechender Einsicht auf eine Führung auf realem Gebiete verzichten zu müssen? (Sowenig wie eine lebenserfahrenere Medicin, welche dereinst gleichfalls den Buchstaben ihres Galen, Hippocrates ꝛc. verließ!) — — Die bedeutendsten, einsichtigsten

Digitized by Google

Geister unserer Rechtsdoktrin wählten dankeswerth stillschweigend auch im Rechte, wie fast alle bessereren übrigen Wissenschaften, längst diesen dritten Weg! Stillschweigend und concludent fiel so selbst ein „Princip“ der historischen Schule um das andere (§ 3 IV 2), ohne daß man freilich theoretisch die Gegnerschaft zum realen praktischen Rechte fallen ließ (§ 3 IV 3 und 4): Bis endlich der Vertreter des Geistes im römischen Rechte, Ihering, wie zu Note 1 und 2 unseres Vorwortes erwähnt, den Muth hatte, mit den bescheidenen Worten eines Praktikers die Rückkehr zur Realistik des praktischen Lebens nach dem Vorbilde des großen Praktikers Fürst Bismarck jetzt auch im Principe offen anzukündigen: Um — — dort: nicht zwar mit dem Buchstaben, wohl aber mit dem Geiste der classischen Römer selbst wieder, wenn auch nur zufällig, doch vielleicht erst recht zusammenzutreffen und in ihm wieder ein Vorbild zu finden? — —

Die reale, praktische Rechtsschöpfung also eines deutschen Reichs war so der Grund, warum bereits eine deutsche Doktrin, Göttingen sich beehrte, einem Fürsten Bismarck zu huldigen. Aber eine solche Dankeshuldigung schulden gewiß nicht minder von jeher wir praktischen Juristen überhaupt! Darf diese Huldigung in Ermanglung eines Besseren zu des Fürsten 80. Geburtstage der älteste Veteran und Vertreter der Anschauung, daß das „praktische“ Recht überhaupt allein eine bessere Rechtsschule (nach Römerart) in sich birgt, als unsere bisherigen Schulanschauungen, in Worte kleiden? Dann möchte er dies so aussprechen: Fürst Bismarck war der Führer des deutschen Volkes zu dem Ideale seines Rechts, welches Kaiser Wilhelm I. im deutschen Reiche verwirklichte, und welchen deshalb ein Homer mit Recht als ποιμένα λαῶν preisen sollte! Fürst Bismarck war so aber für uns zugleich der Arzt, welcher unser Volk von einer langen, endemischen Krankheit einer Aprioristik in dem Begreifen unseres Rechts, wie vor falschen Phantomen, gerettet! Er war — und sei — so fernerhin: der „Erzieher unseres deutschen Volkes“ in dem Finden seines Rechts! — Unserem deutschen Volke selbst aber müssen wir weiter sagen: Unwahr ist, was Dir seine Gegner gesagt: Fürst Bismarck ist nicht blos der Mann von „Blut und Eisen“ oder vollends einer brutalen Gewalt! Er vielmehr war nur der Vollstrecker eines, allein berechtigten, realen „Rechts“, welches von jeher in einer Weltgeschichte zu Gericht sitzt und mit uns wieder geboren lebt! Für dies Recht nur hat er Blut und Eisen nicht gescheut! —

Ihr also, die Ihr bisher dort oben im Aetherglanze aprioristischer Philosopheme schillernd und glitzernd Euch wiegt, Ihr vollends, welche von einem Begriffshimmel Eures romantischen „vergangenen“ Rechts tief auf eine reale Welt herabzuschauen glaubt: Wollt auch Ihr jetzt mit Ihering bei Fürst Bismarck Collegien über reales, besseres, rettendes Recht hören? Fürst Bismarck ist weder der Mann Eurer bloßen Philosopheme, noch auch Eurer Pergamente, Palimpseste und Lacunen allein. Beide Extreme vielmehr zeigen Euch Utopien, statt wirklichen

Digitized by Google

Rechts! Fürst Bismarck vielmehr ist nur „praktischer" Staatsmann und liest publice nur practica: über dies bisherige Aschenbrödel unserer Jurisprudenz: „lebendes, praktisches" Recht, welches Eure beiden Schulen zur Einheit vermählt! Das allein sei Euer Vorbild!

Und dann, wenn auch wir, wie der Verf. vielleicht im Geheimen vorhat, hie und da in Ruhepausen vom Ernste zum Scherze, von der Forschung selbst zur leichtfertigeren, tändelnden Plauderei zurückkehren werden, die Frage: Hat dies Vorgehen außer Ihering noch kein, in der realen Politik Erfahrener gebilligt? — Haben denn nicht längst, in der Politik gewiegtere Engländer, Enkel und Schüler ihres Baco und seiner Empirie, ein Disraeli beispielsweise, bereits Deutschland deshalb beglückwünscht, weil Fürst Bismarck dasselbe endlich von seinen Professoren befreit hat? Richten sich aber diese Worte Disraeli's so etwa nur gegen die Person des Professors, gegen die Wissenschaft und Schule Deutschlands als solche? Ist nicht Deutschlands Stolz seine Wissenschaft? Gehören hiezu nicht allerorts auch Männer, welche im Triebwerke des Wirkens nicht untergehen, sondern dessen Erfahrungen auch zu einem realen Wissen und einer Wissenschaft sammeln und wahr lehren? Nimmermehr also das Unterliegen einer Wissenschaft als solcher ist es, welches hier Englands erfahrene Staatsmänner feiern! Wohl aber das Ueberwinden einer Aprioristik, eines nur erträumten, doktrinär-aprioristischen Rechtswissens ist es, welches unsere bisherigen, historischen wie Naturrechtsschulen innerhalb unseres deutschen Rechtes noch einseitig gehegt! — Und damit wir plaudernd doch noch umgekehrt unserer eigenen Neugierde Rechnung tragen: hat nicht auch umgekehrt wieder diesem Vorhaben Ihering's, die Gesetze eines realen politischen Rechtsbaues des Fürsten Bismarck als Vorbild auch auf unser übriges Recht zu übertragen, dieser competente große Baumeister selbst bereits beistimmend zugenickt? Damit dem Ernste auch hier der Scherz nicht fehle: Ja! Denn hat damals nicht in einem weiteren Briefe vom 21. August 1888 Fürst Bismarck selbst bereits den huldigenden deutschen Professor sofort mit: „verehrter Herr College" begrüßt? — Wir dürfen also wohl hier getrost seine Rechtsschöpfung als Vorbild begrüßen! —

6. Umfang des Werkes. — Bisher hat sich nun unser Vorwort wegen seines Umfangs zu rechtfertigen versucht. Ein Gleiches wird jetzt aber in außerordentlicher Lage wohl auch den Untersuchungen unseres Textes obliegen! — Zwar hat ja bereits Ihering dem unmaßgeblichen Verf. darin beigestimmt, daß wir einer realistischen Rechtswissenschaft bedürfen; es ist dies sogar sein, nach seinem Tode veröffentlichtes Testament geworden! Ist aber damit nach dem Wenigen, was bisher geschehen, die Sache erschöpft? Kaum wird es dabei bleiben können, daß ein Jurist nur den andern, uns vielleicht alle, immer wieder zum Erben und Testamentsvollstrecker des eigenen Wollens einsetzt und dann aus dem Leben davonschleicht! Der freundliche Leser wird vielleicht zugeben, daß jetzt erst eine eigentliche „Arbeit"

Digitized by Google

mit ihrer vollen Kraft wird einsetzen, daß sie nun auch die „Gesetze" des realen Rechts wie der Geschichte wird ermitteln müssen ꝛc.!

Gerade darin nun aber hat der Verf. weit besseren Juristen niemals vorgreifen wollen! Namentlich ein Jurist unserer Theorie wäre hier zum Weiterbaue vor allem erwünscht gewesen, welchem nicht, wie dem schlichten Praktiker als solchen, die reichen Hilfsmittel einer rein wissenschaftlichen periodischen Litteratur verschlossen sind! Seit des Verf. praktischem Bedürfnisse der Rechtsreform gegenüber der historischen Schule (Erlangen, Deichert 1865) ist aber jetzt mehr, als ein Vierteljahrhundert verflossen, und noch hat dieser Versuch, außer bei Ihering, kein lautes Echo gefunden! Unter solchen Umständen ist doch aber wohl zu befürchten, daß sich auch kein anderer Jurist zur Weiterführung unserer Frage: Warum und wie denn auch wir nach Römerart real und praktisch weiter bauen oder construieren müssen? so bald finden werde. Sollte deshalb aber diese Grundfrage unseres nationalen Rechts für ewig abgebrochen, sollte deren Erforschung, wie unser deutscher Nibelungenschatz, für uns verloren sein, soferne nicht etwa andre muthigere Nationen denselben heben sollten? Sollte so eine moralische Pflicht dem Verf. in der That die Ehrenaufgabe stellen, zu versuchen, das, was er 1865 und 1873 versprochen, jetzt selbst einigermaßen einzulösen, nachdem sich jetzt, wie oben zu 2 gezeigt, doch selbst eine öffentliche Meinung dem realen Recht zugeneigt? Sollte so aber nur ein, in unserer bisherigen wissenschaftlichen Litteratur als brutus und blöde erachteter Praktiker, — im gemeinsamen Interesse der Sache unseres nationalen Rechts für Theorie und Praxis — versuchen müssen, nun gar ein Brutus im Kleinen zu werden, und so in dieser wissenschaftlichen Litteratur zuerst wieder den realen vaterländischen Boden küssen müssen; um zu versuchen, das Rechtswissen unseres Vaterlandes von der Tyrannei seines „historischen" Tarquinius Superbus und seiner Phrase „vergangene Geschichte" zu erretten? Sollte der uncotierte Praktiker jetzt offen wiederholt versuchen, anfragen dürfen und müssen, ob denn in unserer, von einer antiquarisch historischen Schule bisher beherrschten Litteratur noch immer jener alte Tarquin mit seinen zahlreichen Verwandten: Aprioristik, Romantik, Fanatismus herrscht, welche letztere ja kraft lokalen deutschen Herkommens seither den ohne weiters hinzurichten oder todtzuschweigen berechtigt waren, welcher diese, dereinst classische, praktische Methode der Römer wieder in alte Ehren, in ihre alte Herrschaft einzusetzen versucht? — Gewiß würde dies Wagnis ein besonderes Wohlwollen, zudem eines, in die früheren wissenschaftlichen und Parteikämpfe eingeweihten oder einzuweihenden freundlichen Lesers sich erbitten müssen!

Was sollte aber dann hier materiell versucht werden? — Materiell sollte ein, bisher nahezu in der Litteratur in seinen wissenschaftlichen Gesetzen unbekannter (§ 1, 3) Ausschnitt aus einer real gegebenen Weltordnung zu schildern versucht werden, welcher prak-



Digitized by Google

tisches Recht heißt! Unser ganzes Wissen aber wird vielleicht hier, zur Zeit noch, nur Dämmerblicke bieten können! Dort beispielsweise huschen bei nächtlichem Schimmer, bisher kaum noch von Sternen einer juristischen Litteratur beleuchtet, von menschlichem Wollen unabhängige, lebende Gestalten: wie durch eine Nacht. Treten wir ihnen zu nahe, dann verlieren sich die größeren Conturen des Ganzen. Bleiben wir dem Einzelnen zu fern, dann wird die Darstellung unverständlich. Treffen wir das Einzelne aber lebenswahr, dann sagt uns vielleicht ein Praktiker: Ei! Wozu solche Gestalten auch noch schildern? Die sind ja in unserer Kanzleistube schon längst da! Erscheinen sie bei nächtlichem Dunkel nicht hinreichend beleuchtet und belegbar, wie anfänglich vielleicht das nationale praktische Besitzrecht des Detentor des Verf. (S. 228 ff.), welches ein Savigny bereits aus der Praxis selbst verdrängt hatte, bis die bescheidenen Versuche des Verf. seit 1865 dasselbe zuerst wieder aus positiven Gründen zu beleben versuchten, (§ 2 S. 225 Note *), dann sagt vielleicht ein hochverehrter Herr Recensent: Ei, wie unklar! Der Verf. weiß „seine" Gedanken gar nicht recht auszudrücken! Und doch waren dies ja nicht seine, auch gar nicht a priori gefaßte Gedanken des Verf., sondern ein Gehorchen gegenüber einer real gegebenen, empirischen Wirklichkeit hinter jenem nächtlichen Nebelschleier, welche ja doch auch andere sich ansehen sollten. Denn bloße schwache Anfänge einer erkeimenden, realen Wissenschaft konnten ja da geboten werden, welche der freundliche Leser dereinst erst weit besser selbst wird darstellen können; weil bei längerem Beobachten sich unser Auge selbst in einer Dämmerung schärft, geschweige dann, wenn dereinst der von Ihering gekündete Frühling einer besseren realistischen Wissenschaft graut, wie im classischen Rom! So aber geräth der Autor einer solchen keimenden, realen, praktischen Wissenschaft schon vielleicht materiell fortwährend in eine Zwickmühle, aus deren vielen „Wenn und Aber" ihn nur eine Nachsicht wie Unterstützung des freundlichen Lesers rettet!

Und dann erst die formale Methode! Cotiert sind ja bei uns litterarisch bis jetzt erst Untersuchungen: entweder über vergangene Geschichte, oder Philosophien. Praktisches Recht aber? Im „Principe" niemals! Wir Praktiker nun aber philosophieren nicht unbedingt, nicht im Principe, und bieten nicht bloße Rechtsgeschichte: Wir philosophieren vielmehr nur suo loco zwischen geschichtlichen Grenzen, zumeist nur subsidiär; dann, wenn uns die geschichtlichen Rechtsquellen des Gesetzes oder Gewohnheitsrechtes im Stiche gelassen. Im großen Ganzen aber bieten wir überhaupt nicht bloße Philosophie, sondern: reale Geschichte: eine Geschichte des quellenden Lebens des Rechts mit seinem Körper und Geist, und zwar eine berechtigte Geschichte: zugleich eine Empirie aller positiven Rechtsquellen in einer bestimmten Rangordnung! (§ 6 S. 559): So ist unsere Methode doch wohl aber von anderer Art, als die unserer bisherigen Schulen? Der Naturrechtsphilosoph beispielsweise kann ja leichtgeschürzt, wie ein Zauberer ohne

Digitized by Google

Apparat vor den freundlichen Leser hintreten, a priori, aus seinem Hirne allein schon, Fäden von beliebiger Länge als angeblich geltendes Recht spinnen. Er darf selbst mit seinem nächtlichen Träumen und Zauber den Leser kurzweilig amüsieren: Aufhören, wenn der Faden der Geduld reißt, anhalten, wo der gesammelte Geist des Champagners prickelt und mundet, bis der Geist allein schon berauscht! — Aber auch der Professor des reinen römischen Rechts der historischen Schule „thut sich leichter"! Er trägt in seinem corpus juris und allenfalls in der geringen vorjustinianischen Litteratur den Körper einer „ganzen Welt" eines Rechts schon in seiner Tasche mit sich: ein orbis terrarum in nuce! Erkühnt sich dann ein Zweifel, aufzutauchen, dann schlägt er auf; er unterhält den Leser vielleicht auch mit kostbaren künstlichen, goldenen Initialen und Pergamenten alter Kaiser königlich: — — Aber der arme Praktiker! Nie a piori, nie aus einer beliebig, einseitig erfundenen, glitzernden Grundlage: Geist des Naturrechts oder Körper einer romantischen Vergangenheit allein, soll er deducieren. Alles soll da durch lebende, reale empirische Wirklichkeiten belegt sein, welche Geist und Körper zugleich zeigen. Und gerade umgekehrt, aus solchen selbst erfahrnen und dahergefahrnen einzelnen, den Rechtsquellen gemäßen Beispielen, empirisch-induktiv soll er erst das, in diesen einzelnen Produkten lebende Recht zeigen, um es von da aus erst zum einzelnen Princip und dann zur ganzen Schule zu fügen. Wo sind aber solche moderne Beispiele zu finden, die zum Principe führen? Bisher waren sie ja von Savigny's wissenschaftlicher Litteratur ausgeschlossen! Blos in einzelnen, casuistischen Präjudizien noch mußten diese Principien sich verkriechen und unbewußt wirken; diese durfte aber beileibe kein Princip, keine reale Wissenschaft beleuchten; dies eben war von der Romantik als staatsgefährlich verpönt! Was bleibt da dem armen Praktiker übrig, welcher jetzt trotzdem reale Wissenschaft seinem freundlichen Leser bieten möchte? Nichts anderes, als sich seit Jahrzehnten einzelne Principien aus einzelnen Instituten des realen praktischen Lebens gut oder schlecht selbst methodisch zuvor zurecht zu legen, (S. 162: Schmerzengeld, Besitzrecht des Detentor ꝛc.), um mit diesem mühsam gesammelten Apparate auf dem Rücken zu erscheinen, oder vielleicht auf einem selbstgezogenen Themiskarren, ähnlich einem früheren Thespiskarren zur Zeit der ersten Begründung eines deutschen Theaters etwa vor der Zeit einer Neuberin noch, vor der Bühne des Lebens, vor dem mitleidigen, zudem durch naturrechtlich verflüchtende Geistesfunken oder längst fertige Begriffe eines dereinst classischen Rechts Rom's vielleicht verwöhnten, wenn aber doch vielleicht noch mitleidig geneigten, Leser vorzufahren. Wie lebenswarm und breit muß er aber da all' die einzelnen, oft nur casuistischen, plastischen Beispiele und die vielleicht noch waldursprünglichen, naturwüchsigen Bilder eines realen Lebens des Rechts alsdann vor den geneigten Leser ausbreiten; alle frisch aber aus dem Leben heraus, so, daß man den Pulsschlag des Lebens



Digitized by Google

noch deutlich durchfühlt: um damit die bisherige lebensloſe, romantiſche Aprioriſtik eines erſtorbenen Rechts principiell zu widerlegen! Dieſe Bilder ſollen dann dem geneigten Leſer auch noch mit Händen *ſolange* greifbar ſein, bis er ſelbſt endlich von deren heimiſchen Lebenswärme wieder erwärmt, bis er, auf die Poſtille am wärmenden Leben geſtützt, ſich behaglich fühlend, wieder günſtig geſtimmt ſein Pfeifchen zu rauchen beginnt; noch mehr, ſolange, bis er umgekehrt, wie vor einer eiſigen Kälte der, zum Theil erſtarrten, abgeſtorbenen, cadaverähnlichen Gebilde einer hiſtoriſch romantiſchen Schule eines jetzt falſchen, vergangenen Rechts, ſchließlich aufgeſchreckt, zurückprallt, welche ihm, ſo lange doch! nur romantiſcher Zauber galvaniſiert und nur als lebende vorgegaukelt: Solange alſo, — bis er ſelbſt das wärmende Leben unſeres realen, heimiſchen praktiſchen Rechts nicht länger mehr wird miſſen mögen! — *Kürze* alſo könnte gerade *da* ſo empfindlich ſchaden, daß der geneigte Leſer auch gar nicht einmal zu ahnen *begänne*, daß und wie hier real pulſierendes, wärmendes Leben: unſeres Rechts gegeben iſt, anderes, als: vergangenes und als Traumgebilde eines Naturrechts; ein reales Leben, welches allein Recht iſt! —

Dieſe ganz andere, empiriſch induktive Methode nun unſerer Praxis und unſeres praktiſchen Rechts, an Stelle einer aprioriſtiſchen, muß aber dann leider, wie auf die formale Methode, ſo wohl auch einen mächtigen Einfluß üben auf den äußeren *Umfang* unſerer Unterſuchungen! Zumal, wenn man bedenkt, wie wenig die ſchwache Kraft eines Einzelnen, vom Schlage des Verf., noch kaum unterſtützt von allen Beſten unſerer Nation, vermag, um eine verſteinerte Kruſte vielleicht von Angewöhnungen, vielleicht von Vorurtheilen von Jahrhunderten wieder von unſerer Bruſt tropfenweiſe zu entfernen; nach dem Erfahrungsgeſetze etwa: gutta cavat lapidem, non vi, sed saepe cadendo! Wie ſchwer der, von Ihering geforderte Umſchwung, wenn auch innerhalb einer empiriſch greifbaren Wiſſenſchaft, herbeizuführen iſt, das mag uns ja etwa ein Liebig erklären, welcher uns von der, doch gleichfalls empiriſchen Wiſſenſchaft einer Chemie nachſtehendes beſtätigt: „Um zu den Kenntniſſen zu gelangen, über die wir heute verfügen, war es nöthig, daß Tauſende von Männern ihr Leben und Vermögen und all' ihre Kräfte daranſetzten". Mit einem ſolchen chemiſchen Zerſetzen verſteinerter Begriffe unſerer Jurisprudenz und ihrer Principien, (wonach a priori nur entweder Vernunft oder Vergangenheit uns Recht künden ſollte), muß aber auch unſere empiriſche Jurisprudenz jetzt wohl erſt ſo recht beginnen: Auf wie *breiten*, ſoliden, exakten Erfahrungsgrundlagen alſo ſollte ein Verſtändnis dieſes organiſchen Lebens unſeres Rechts aufgebaut werden, um durch ein, ſoweit möglich erſchöpfendes, Ueberzeugen der Geiſter zugleich möglichſt an Widerſprüchen eines Nichtbegreifens, an Kämpfen und Opfern für die große Sache unſeres nationalen Rechts zu erſparen!

So mancher unſerer Leſer wird aber vielleicht trotzdem uns

Digitized by Google

bescheidenen, in der rein wissenschaftlichen Litteratur und Schule noch nicht cotierten Praktikern gar nicht sofort glauben wollen, daß auch wir zu solchen empirischen Beweisen vielleicht mehr Raum bedürfen, als zu den seitherigen aprioristischen! Da werden wir eben auch hier wieder eine, in unserer Doktrin gleichfalls geachtetere „Autorität" zu Hilfe nehmen müssen, um auch da Vertrauen zu erwecken! Wieder einen Ihering! Auch Ihering z. B. unternahm ja doch, zuvor noch nicht dagewesene, empirische Untersuchungen „über den Zweck im Rechte" und das erfahrungsgemäße Walten einer Sitte ꝛc. im Leben des Volkes; u. a. der analogen Macht, welche am besten das unwillkürliche, reale Herrschen des Rechts erklärt! Ihering ward aber da noch weit weniger das Gebot: Greif nur hinein in das volle, reale Leben: Denn er durfte wenigstens seine Beispiele und Bilder noch immer auch aus der Vergangenheit holen! Und doch beanspruchten dessen Untersuchungen schon größeren Umfang und andere Formen! Denn bekanntlich zeigt die zweite und zum Theil dritte Auflage seines „Zweckes im Rechte" bereits einen Umfang von zwei Bänden mit 570 und 723 Seiten, und noch ist dies Werk nicht zu Ende geführt! Deshalb leitete Ihering diese seine empirischen Untersuchungen mit den entschuldigenden und deshalb vielleicht eben auch hier zutreffenden Worten ein, (Vorrede zur 1. Aufl. seines II. Bandes S. XV u. XVI): — „Die erste Bearbeitung und Einführung einer Lehre steht „unter völlig anderen Gesetzen, als die spätere Behandlung der„selben, und dies bitte ich bei der Beurtheilung meiner Untersuchungen „nicht außer Acht zu lassen. — Wer mit fertigen Begriffen und „Anschauungen operiert, kann und soll sich bei der Darstellung durch „andere Rücksichten leiten lassen, als wer sie erst zu begründen hat; „was bei jenem den Vorwurf der Weitläufigkeit, Breite auf sich „laden würde, ist für diesen, wenn er die richtige Vorstellung seiner „Aufgabe in sich trägt, und wenn es ihm darum zu thun ist, sie „gründlich und erschöpfend zu lösen, nicht zu umgehen." — Mögen ebendeshalb diese entschuldigenden Worte Ihering's auch diese anspruchslosen und neuen Untersuchungen einer induktiv empirischen Wissenschaft unseres uralt gegebenen lebenden und praktischen Rechts schützend begleiten!

Zum Schlusse noch die Notiz, daß das vorliegende Werk bereits 1893 fertig gestellt und 1894 nur während des Druckes ergänzt werden konnte. Dies zur Aufklärung, wenn frühere Notizen sich inzwischen thatsächlich verändert haben sollten!

München 1894.

**Der Verfasser.**

(Adresse des Verf. z. Zeit:
Munchen, Liebigstraße No. 21, II links.)

Digitized by Google

Digitized by Google

# Inhaltsübersicht.

## Allgemeiner Theil.

## Vorfragen für eine Schule des prakt. Rs. überhaupt.

Einleitung. 1. Veranlassung der Untersuchungen. I. Schule S. 1, II. Leben des Rs. S. 24. 2. Ob gegen den Strom? S. 33. 3. Opportunität trotz einer d. Civilgesetzgebung? S. 38. 4. Form der Plauderei S. 39. 5. Litteratur S. 42.

§ 1. Aufgabe und Ziele und unsere bisherigen Schulen. 1. Hauptaufgabe: Ermittlung des Wesens S. 46, 2. Nebenaufgabe: Einigung des prakt. Rs. mit der Theorie S. 50. 3. Unbekanntsein des Wesens des prakt. Rs. S. 56. 4. Methode der Untersuchung. I. Allgemeine, S. 65. II. Concrete Erklärungsversuche der Spaltung S. 84. 5. Die Rechtsschulen. I. Natur-, S. 99, II. historische S. 120, III. praktische Rechtsschule S. 137. 6. Bisherige Einigungsversuche S. 155. 7. Abstrakter Werth einer prakt. Schule S. 164 und 8. der Einigung S. 175. 9. Formale Vorfragen. I. Der Ausdruck Schule S. 178. II. Was ist von ihr schon dargestellt? S. 185.

§ 2. Die Bewegung des Lebens des Rs. Beweise der Nothwendigkeit der Kluft, solange die Herrschaft einer histor. Schule besteht. Beispiele von, durch sie erzeugten Zerrbildern: Injurie und Besitz. — I. Die Thatsache der Spaltung von Theorie und Praxis: 1. Gesonderte Litteratur S. 189. 2. Einzelne Beispiele S. 191. 3. Zugeständnis. 4. Sonstige Beweise S. 193. II. Art der Bewegung des Rs. und der Entstehung der Spaltung: a) Im Einzelnen S. 194. b) Im Principe S. 206. III. Erklärung des Fortbestehens der Spaltung aus den eigenen Prämissen und Gleichnissen Savigny's S. 214. IV. Praktisch spaltender Grundfehler des Dogma der hist. Schule S. 220. Zerrbilder: I. Injurie S. 224. II. Besitz S. 225. 1. Detentionsrecht S. 228. 2. Röm. possessio S. 230. 3. Savigny's Schachtellehre S. 241. 4. Einzelne Zerrbilder S. 243. 5. Neuere Vereinigungsversuche S. 247. 6. Resultat S. 251.

§ 3. Geschichte des prakt. Civilrechts, seines Lebens und Kampfes S. 254. — I. Allgem. Geschichte der Spaltung S. 256. II. Gründe des verstärkten Wiederauflebens der Spaltung seit der histor. Schule S. 267. A. Deren aprioristische Ideale. Romantik. S. 269. B. Deren Fanatismus S. 284. C. Eigene Apathie der Praxis S. 305. III. Kämpfe innerhalb der neuesten Praxis S. 323. IV. Jetziger Stand der Civilrechtsentwicklung. 1. Versuche des Verf. und das Reifen der Zeit S. 332. 2. Jüngste Litteratur. Ueberschreitung des Rubikon durch unsere Doktrin S. 352. 3. Uebergangsjurisprudenz S. 356. 4. Der Uebergangsjurist Windscheid speciell S. 371.

§ 4. Werth einer prakt. Schule für das Leben u. Gegenströmungen S. 380. A. Nachweis des Werthes in Beispielen S. 387. B. Grund: Verschiedene Werthschätzung von Form und Inhalt S. 396. C. Werthlosigkeit der histor. Schule außerhalb des röm. Civilrechts. a) Internationales R.

Digitized by Google

S. 406. b) Germanisten S. 407. c) Oeffentl. R., Strafr. Prozeß S. 409. Staatsrecht S. 411. d) Kirchenrecht S. 425. D. Gegenströmungen innerhalb der Praxis selbst. I. Schwanken des Rechts? S. 445. II. Entbehrlichkeit eines prakt. Rechts nach einer Civilgesetzgebung? S. 449. Sonstige Erwartungen. Fortdauer des röm. Rs. S. 453. III. Bedarf das prakt. Recht einer Theorie? S. 455. IV. Eine moderne Polizeijustiz S. 468.

## Specieller Theil.

## Begründung der Schule des prakt. Rs.

§ 5. Materielle Begründung und Construktion des prakt. Rs. aus den sämmtl. pos. Rechtsquellen. Anklagen der bisherigen Schulen S. 490. — I. Die Anklagen S. 492. II. Principielle Berechtigung des Natur-, historischen oder prakt. Rs.? S. 496. III. Specielle Begründung des prakt. Rs. 1. Auf legislativem Gebiete S. 502. 2. Auf positivem Gebiete S. 505. a) Materielle Begründung. α) In einzelnen Anwendungsfällen S. 506. β) Abstraktion ganzer Institute aus einzelnen Anwendungsfällen S. 507. γ) Wesen der mat. Construktion. Brechen mit der verg. Geschichte S. 509. b) Formale Construktion und Technik S. 511. c) Zusammengreifen der mat. u. form. Construktion S. 514. IV. Resultat S. 525.

§ 6. Versuch einer Weiterbildung von mat. und form. Principien einer prakt. Rechtsschule unmittelbar aus einer Erfahrung des Geltenden. Vorbemerkung S. 526. I. Materielle Grundprincipien. a) Mechanisches Grundgesetz: Geschichte neben Naturrecht S. 527. b) Organisches Grundgesetz: Sich bewegendes Leben mit Geist und Körper S. 536. c) Zeitliches (Recht der Gegenwart statt der Vergangenheit) S. 549 und d) räumliches oder örtliches Grundgesetz: Nationales Recht S. 554. II. Formale Grundprincipien. A. Thatsächlich: Empirie und Induktion anstatt Aprioristik, Construktion anstatt bloßer Subsumtion S. 555. B. Juristisch: a) Rechtsquellen anstatt der Phrasen Naturrecht oder Geschichte S. 557. b) Regelmäßige subsidiäre Natur des Naturrechts S. 558. Rangordnung der Rechtsquellen S. 559. c) Grenzlinien zwischen Naturrecht und Geschichte: 1. Feste oder fixe, 2. flüssige, 3. neutrale Rechtsstoffe S. 560. C. Eklektik S. 567.

§ 7. Rechtsbestandtheile, welche das prakt. R. aus den bisherigen Natur- und historischen Rechtsschulen entnimmt und dessen Verhältnis zu diesen beiden Schulen S. 569. A. Verhältnis zu den Naturrechtsschulen. 1. Begriff S. 570, 2. Geschichte: a) der Form S. 574, β) äußere Geschichte des Naturrechts S. 575. 3. Ist das Juristenrecht (Naturrecht) Rechtsquelle? S. 586. 4. Ausnahmsfall: Naturrecht als primäre Rechtsquelle S. 588. B. Verhältnis zur historischen Schule. 1. Begriff der pos. Geschichte S. 591. 2. Geschichtliche Rechtsquellen: Ob auch das Präjudiz und die communis opinio doctorum? Grund der Geltung der Geschichte: Princip der Stetigkeit S. 592.

§ 8. Gesammtresultat auf pos. Gebiete S. 599. Berechtigung wie allmäliges Obsiegen S. 600 und Name der praktischen Rechtsschule. Umschreibungen S. 602.

§ 9. Deutsche Civilgesetzgebung und praktische Rechtswissenschaft. 1. Die Lage. Eine praktische Wissenschaft als Vorbedingung für eine vollendete Gesetzgebung S. 605. 2. Beispiele S. 611. 3. Beschränkung auf das richtige Maß. Allgemeine oder fragmentarische Civilgesetzgebung S. 630. Savigny's Vorschlag zur Nachahmung des prätor. Ediktes S. 632. 4. Ausschluß des Gewohnheitsrechts durch die d. Civilgesetzgebung S. 635.

Digitized by Google

# Allgemeiner Theil.

## Vorfragen für eine Schule des praktischen Rechts überhaupt.

**Einleitung.** 1. Aeußere Veranlassung: die Schule und das Leben unseres Rechts. 2. Ob gegen den Strom? 3. Opportunität einer Untersuchung des praktischen Rechts trotz des Bevorstehens einer allgemeinen deutschen Civilgesetzgebung? 4. Die Form einer juristischen Plauderei. 5. Litteratur solcher Untersuchungen.

Unsere Einleitung soll zunächst die äußere Veranlassung, dann die Aussichten, welche eine Verfolgung einer Schule des praktischen Rechts bietet: ob sie gegen den Strom sich bewegt, ob dieselbe bei einer kommenden Gesetzgebung überflüssig? endlich die Form und die Litteratur der Untersuchungen über eine praktische Rechtsschule berühren.

1. Aeußere Veranlassung dieser Untersuchungen. — Als solche erwähnt die vorliegende Ueberschrift dieser Einleitung ein Doppeltes: Eine Ermittlung: I. der Schule und II. des positiven Lebens unseres Rechts. Wodurch ist nun diese doppelte Veranlassung äußerlich gegeben? Untersuchen wir die äußere Veranlassung bei jeder dieser beiden Forderungen gesondert! —

I. Zunächst die äußere Veranlassung des Forschens nach einer Schule unseres praktischen Rechts! — Der Ausdruck „Schule" ist ein, unserer Jurisprudenz, wie erwähnt, längst geläufiger. Mit demselben bezeichnet unsere Theorie schon bisher sowohl den materiellen Grund der Geltung und Berechtigung, als die formale Methode ihrer Rechtsdarstellung; so beispielsweise bisher schon: bei einer Naturrechts-„Schule", einer historischen Rechts-„Schule". Doch handelt es sich uns hier vorläufig noch nicht um die Beantwortung dieser inneren Fragen und Begriffe; diese wird vielmehr erst unten erfolgen (§ 1 Ziff. 5, § 6 ꝛc.). Auch die weitere Frage nach der Berechtigung des technischen Ausdrucks „Schule" unseres praktischen Rechts soll uns erst unten (§ 1 Ziff. 9 I) interessiren, sobald einmal die Grundprincipien



Digitized by Google

des praktischen Rechts wenigstens als Thema feststehen; und die Frage, welchen passenden Ausdruck wir alsdann gerade für eine solche Schule eines praktischen Rechts wählen werden, ob gerade den Namen einer „praktischen" oder einer sonstigen Schule, wird vollends erst nach Beendigung der materiellen Untersuchungen in § 8 berathen werden können. Hier handelt es sich vielmehr vorläufig nur um die äußeren Veranlassungsgründe, warum wir überhaupt nach einer solchen Schule unseres praktischen Rechts werden suchen müssen. Als solche werden uns nun aber hauptsächlich zwei aufstoßen: a) Einmal: die äußere, thatsächliche, alleinige Geltung des praktischen Rechts allerorts und dessen hiedurch schon bedingte Wichtigkeit. b) Zweitens, daß dieses Recht äußerlich auch allein ausreichen wird, das heutige Recht darzustellen; namentlich da, wo die Praxis, äußerlich abweichend von dem Rechte der gesammten Vergangenheit der historischen Schule, sich gezwungen sieht, praktische „Neubildungen" von der Art des § 2 I 2 zuzulassen. — An diese Fragen werden sich uns alsdann noch die weiteren anreihen: Hat so eine Person oder die Sache diese Untersuchung einer Schule unseres Rechts veranlaßt? Und welche Person ist hiezu veranlaßt: die des Praktikers oder des Theoretikers? Oder beide?

a) Die alleinige thatsächliche Geltung des praktischen Rechts schon veranlaßt die vorliegenden Untersuchungen. — Im Allgemeinen schon wird uns nämlich ein flüchtiger Blick auf unsere kurze, unten folgende Skizze einer Geschichte des praktischen Rechts überhaupt (§ 3 mit § 1) folgendes verrathen. In dem Rechtsleben eines jeden Volkes, wie in der Rechtsprechung der Gerichte der gesammten Culturwelt, in Rom wie anderwärts, gilt real, vielleicht abnorme Ausnahmen abgerechnet (z. B. § 4 D IV), von jeher thatsächlich nicht etwa ein Recht unserer bisherigen wechselnden theoretischen Schulen: nimmermehr eine Schule, welche bisher ihr Recht a priori bald aus einer Vernunft des Naturrechts allein ohne Geschichte, bald aber aus einer Geschichte der gesammten Vergangenheit unserer historischen Rechtsschule allein ohne Anwendung jeden Naturrechts darstellen zu können vermöchte! Allerorts vielmehr gilt, wie wir später sehen werden, von jeher unbewußt, einzig und allein thatsächlich herrschend, eine dritte Schule, welche Geschichte mit Naturrecht suo loco organisch verbindet: jenes jeweilig lebende und praktische Recht, als dessen lebender Ausdruck, dessen viva vox, das Präjudiz erscheint; ein Recht, welches für uns erfahrungsgemäß unwillkürlich gegeben ist, sich spontan entwickelt und so selbst auch dann noch allerorts thatsächlich allein gilt und herrscht, wenn es von den bisherigen aprioristischen Doktrinen, wie namentlich in unserem letztverflossenen Jahrhundert von der historischen Schule, zum Theil fanatisch bekämpft wird!

Wie ist dies aber denkbar und möglich? Unsere Doktrin wird uns vor allem nicht glauben wollen, daß die Praxis Gründe, Grundgesetze und Principien und so selbst eine durch Erfahrung sich fortpflanzende „Schule" hat, welche ihre Grundsätze nur stillschweigend

Digitized by Google

und concludent anwendet! Ein geltendes Recht also sollte systematisch bei uns Deutschen seit Jahrhunderten bestehen: ohne jede systematische Theorie und ohne Professoren?! — Allerdings! Unsere historische Schule selbst zeigt uns die Möglichkeit der Lösung dieses Räthsels: Sie selbst offenbart uns ja treffend, daß das positive Recht überhaupt ein unwillkürliches Gegebensein, Gelten und Herrschen ist. Diese historische Schule selbst nämlich lehrt uns, daß dies Herrschen des positiven Rechts kein anderes ist, als das zum Theil unbewußte wie unwillkürliche Herrschen, Leben und sich Bewegen einer Sitte, Sprache und des Lebens des Menschen überhaupt. Diese Faktoren aber alle leben, sind gegeben und herrschen, auch ohne daß eine Theorie denselben zur Seite steht, nach bestimmten Gesetzen. Und von diesem Leben ist eben auch das Leben des Rechts nach Savigny nur eine besondere Seite (§ 2 III)! Auch dies somit muß leben und gelten können ohne Theorien! — Wollten wir uns deshalb die Art des Geltens und Herrschens dieser Faktoren: des Lebens einer Sitte, Sprache noch lebendiger vor Augen stellen, so wird gerade ihm keine unwillkürliche, unbewußte Geltung und Art des Herrschens eines Rechts so sehr gleichen, wie gerade dies Gelten unseres „praktischen" Rechts! — Auch eine „Sitte" nämlich — beispielsweise: der Ehre, des Anstandes, der Pietät ꝛc. — lebt und zwingt uns doch völlig „unwillkürlich" zum Gehorsam: ohne Theorie, auch selbst wenn sie der Vernunft wie der geschichtlichen Vergangenheit nicht unbedingt entspricht und selbst wenn ihre Gesetze noch keine Doktrin, noch kein Ihering theoretisch-empirisch aufgezeichnet! — Eine „Sprache" ferner, selbst ein bloßer Dialekt des Volkes, lebt und herrscht in dem Volke unwillkürlich auch dann, wenn noch niemand seine Gesetze und Regeln in einer Sprach-„Lehre" oder Grammatik wissenschaftlich aufgezeichnet; diese Sprache herrscht trotzdem, ohne sich in ihren Gesetzen, Regeln ꝛc. wesentlich zu widersprechen, somit selbst als System. — Der „Mensch" endlich selbst ist gegeben, er lebt, entwickelt sich spontan durch eigene Kraft und nach bestimmten Gesetzen: auch ganz ohne Theorie, gleichviel ob die Wissenschaft eines Physiologen und seine Schule die Gesetze auch theoretisch erkennt und ein Professor ihr System in einem Lehrbuche erschöpfend und richtig dargestellt. Das friedliche Dasein, wie selbst der Kampf dieses Lebens des Menschen um seine Existenz ist ein unwillkürlicher, nothwendiger: — — Ganz so unwillkürlich, ja zum Theil (als Gewohnheitsrecht z. B.) selbst auch unbewußt, ist im Leben des Volkes wie in der Praxis seiner Gerichte ein lebendes und praktisches Recht, ein System und eine Schule gegeben, ohne daß dieses System und seine Schule bereits wissenschaftlich dargestellt ist: diese beiden letzteren sind mit dessen Dasein selbst unwillkürlich „geboren", wie das System mit dem Leben des Menschen! Dies lebende Recht bildet sich so von selbst bald friedlich aus; bald aber trotzt es nothgedrungen jedem Kampfe: gleichviel ob es eine Wissenschaft unterstützt oder auch nur erfaßt und begreift! Verweigert



Digitized by Google

die Wissenschaft endlich vollends aus aprioristischen Gründen die Darstellung seines unwillkürlich gegebenen Systems und seiner Schule, dann eben flüchtet dies praktische Recht sich einstweilen in das stumme casuistische Präjudiz und: gilt nichtsdestoweniger, wenigstens thatsächlich, ohne Wissenschaft! — — So galt dieses praktische Recht von jeher, auch selbst ohne Wissenschaft, allerorts „durch sich selbst“: durch eine reale lebendige That, durch ein „πρᾶγμα“; jedes derartige nach seinen bestimmten unwillkürlich gegebenen Gesetzen lebende und praktische Recht ist somit ein pragmatisches Recht in diesem Wortsinne! — — Deshalb aber sind heutzutage dessen stillschweigend und unwillkürlich gegebenen Gesetze von uns erst wissenschaftlich zu ermitteln!

So hat aber, wie wir in § 3 wie § 5 II 2 ersehen werden, geschichtlich auch ohne ausreichende Theorie schon und nur real oder thatsächlich, ein lebendes praktisches Recht vom ersten Anbeginne wohl die gesammte Welt fortwährend beherrscht. — So vor allem: die gesammte antike Welt; im Bunde nämlich mit einer praktischen Theorie vor allem das klassische Rom; denn, wie der Verf. schon seit 1884 wiederholt erwähnt, die klassischen Juristen Roms selbst waren zumeist ausübende Praktiker, deren klassische Fragmente aus Justinians Digesten sind großentheils nichts als Präjudizien in unserem heutigen Wortsinne. Ohne jede wissenschaftliche Theorie ferner beherrschte dieses praktische Recht das gesammte germanische Mittelalter. Mit der mittelalterlichen Glosse erst begannen alsdann, wie wir sehen werden, die Kämpfe aprioristischer Doktrinen gegen das lebende Recht. Wo immer aber seitdem aprioristisch-doktrinäre Schulen das, nur empirisch erfaßbare, real lebende und praktische Recht theoretisch verkannten, rang dasselbe sich trotzdem neben dem doktrinären mindestens thatsächlich und casuistisch in den verschiedensten Formen zur Geltung empor. So neben der Glosse schon als mos Italicus; in Deutschland nach der Reception des römischen Rechts bald als der hier fortgelehrte mos Italicus, bald als usus modernus pandectarum, bald als deutsches Privatrecht, bald als modernes Präjudiz, bald als deutsche Partikulargesetzgebung, in Frankreich als contumes und code civil, in England als Präcedenzfall ꝛc. Neuerdings beherrscht dies Präjudiz wieder wohl Theorie und Praxis der gesammten Welt vereint; nämlich thatsächlich im casuistischen Präjudize sogar auch wieder die deutsche Doktrin, namentlich seit Windscheid! — Dies praktische Recht aber herrscht so in und außerhalb Roms auch trotz aller conträren späteren Doktrinen von jeher, bald noch unbeholfen und unwissenschaftlich, bald aber unterstützt von einer vollendeteren Wissenschaft, wie in Rom! Und es ist auch im Grunde selbst, wie gesagt, ganz ungerechtfertigt, dies lebende Recht nur ein praktisches zu nennen. Denn es herrscht ja auch in der Theorie Roms wie der Gegenwart! — Dieses Gelten wird aber so wohl für unsere heutige Culturwelt schon an sich eine „Schule“ veranlassen und fordern, schon infolge des Umfangs wie der Bedeutung,

Digitized by Google

welche es Zeuge der heutzutage mehr und immer mehr anwachsenden Bände unserer eigenen Präjudizienſammlungen, unſerer deutſchen Reichsgerichtsentſcheidungen, von Seufferts Archiv ꝛc. für unſer deutſches Culturleben gewinnt, und welche ein endliches Erſetzen der Caſuiſtik des Präjudizes durch ein von einem einheitlichen Grundprincipe einer Schule ausgehendes Syſtem fordern, abgeſehen von allen ſachlichen elementaren Anforderungen einer Wiſſenſchaft! (§ 1 Ziff. 7 u. 8, § 4 a. Anf.) Durch dieſe Gründe ſchon veranlaßt, fordert alſo unſer Titel die Ermittlung eines Grundprincipes oder einer „Schule“ des von jeher allein thatſächlich geltenden lebenden und praktiſchen Rechts! Dies aber iſt eine erſte äußere Veranlaſſung unſerer Unterſuchungen über die Schule oder den Grund der Geltung und Berechtigung unſeres praktiſchen Rechts! —

b) Eine zweite äußere Veranlaſſung zur Erforſchung dieſer Schule unſeres „praktiſchen“ Rechts bietet dann der Umſtand, daß nur dieſes thatſächlich geltende Recht, nicht aber die jetzige theoretiſche hiſtoriſche Schule in der Praxis oder Anwendung, wie in einer wahren Theorie, auch als poſitives Recht äußerlich ausreichen würde. Namentlich in den Fällen, in welchen ſich jede Praxis, auch die deutſche, infolge des Fortſchreitens des Lebens des Rechts fortwährend zu Neubildungen nach Art des § 2 I 2 genöthigt ſieht, reicht das „vergangene“ Recht der hiſtoriſchen Schule unmöglich aus. Denn ihr „vergangenes“ Recht konnte doch dieſe völlig veränderten und „neuen“ Rechtsverhältniſſe rechtlich unmöglich ſchon im voraus beherrſchen und regeln! — Dies iſt die äußere Veranlaſſung im Allgemeinen! Zeigen wir nun, wie dieſe Veranlaſſung zur Erforſchung einer praktiſchen Schule im Einzelnen gebieteriſch auftrat. —

Der, laut des vorausgehenden Vorworts im Jahre 1888 gleichfalls von der hiſtoriſchen Rechtsſchule ſcheidende Ihering nun hat die näheren Motive ſeiner „Bekehrung“ zu einer realiſtiſchen oder praktiſchen Methode — dieſen äußeren Gang ſeiner Entwicklung — im Einzelnen noch nicht darzulegen gewagt. So wenig er der Theorie ſeiner Zeit offen ſagen durfte, daß er praktiſch-wiſſenſchaftliches Recht wolle, ſo wenig durfte er ihr geſtehen, daß und wie ihn das unreale, unpraktiſche Weſen der hiſtoriſchen Schule nicht befriedigte. Daß dies dennoch auch für ihn unbefriedigend war, zeigen ja ſein „Scherz und Ernſt“, ſein „Kampf ums Recht“, ſein „Zweck im Rechte“; wie das Vorwort gezeigt, ſelbſt ſein „Kampf ums Recht“. Seine Berufung auf das Vorbild Bismarcks allein erklärt noch nicht, welche „Rechtsbedürfniſſe“ eben dieſe Umkehr gerade im Civilrechte im Einzelnen auch concret bei ihm ſelbſt zwingend veranlaßten! Vielleicht bieten deshalb die concreten Gründe einer Bekehrung, welche den unmaßgeblichen Verfaſſer im Jahre 1865 im Einzelnen gleichfalls ſchon äußerlich zwangen, ſtatt der hiſtoriſchen Schule eine andere bewußtere Grundlage des Rechts zu ſuchen, inſoferne einiges Intereſſe, als dieſe Gründe, wenn ſie ſachlich zwingend und berechtigt ſind, vielleicht auch

Digitized by Google

andere von dieser äußeren Nothwendigkeit überzeugen könnten. Der unmaßgebliche Verf. ist so wenigstens seines Wissens der erste und einzige Jurist, welcher bisher diese Veranlassung eines, zugleich theoretisch sich Rechenschaft gebenden Uebertrittes von der historischen Schule des Rechts einer gesammten „Vergangenheit" zu einer praktischen Schule eines quellengemäß lebenden Rechts der Gegenwart vielleicht auch schon äußerlich im Einzelnen näher zu erklären wie zu rechtfertigen in der Lage wäre. Thatsächlich hat ja diesen Uebertritt vielleicht fast jeder schon durchgemacht! Mögen alsdann andere, bessere Juristen an sich selbst erproben, ob sich nicht auch juristisch ihnen die gleiche Wandlung gebieterisch aufdrängt!

Diese äußere Veranlassung zu einer Kritik der historischen Schule in einzelnen Instituten nun bot dem Verf. die Bekämpfung seiner, historisch noch aufgebauten Erstlingsschrift über das Schmerzengeld von 1860 durch höchst beachtenswerthe Gründe! Bei deren Verabfassung speciell stand der Verf. selbst gleichfalls noch auf dem Boden des „vergangenen" Rechts der historischen Schule! Erst durch spätere Forschungen und durch die ausgezeichnetsten Juristen der historischen Schule selbst, durch Ihering, Wächter und Windscheid wurde er, wenigstens auch in diesem Institute speciell, nachträglich auf den Boden einer realistischeren, praktischen Schule hinübergedrängt. So war aber die äußere Veranlassung seines eigenen Uebertritts nur zugleich die stillschweigende Bekämpfung der historischen Schule durch deren eigenen besten Juristen! Und dieses einmalige Hinüberdrängen mußte dann wohl nothwendig eine petitio principii zur Folge haben! — Die bezüglichen Verhältnisse sind folgende. —

Die von Savigny selbst (Syst. I Vorrede S. XXV) zugestandene Trennung unserer historischen Theorie von unserer Praxis äußert sich eben darin praktisch, daß die historische Schule bei ihrem Rechte einer gesammten „Vergangenheit": bei ihrem vergangenen „rein römischen", canonischen, älteren Reichsrechte und sonst überlieferten Rechte stehen blieb, während die Praxis der gesammten Welt umgekehrt von jeher genöthigt war, bei neuen Rechtsverhältnissen: „Neubildungen" des Rechts zuzulassen. Solche Beispiele positiver Neubildungen des deutschen praktischen Rechts zeigt ja, wie bemerkt, u. a. der § 2 I 2, darunter befand sich das Schmerzengeld. Mußte man aber solche Institute praktisch anwenden, so bedurfte man keiner anderen positiven Gründe, als solcher, welche jede Theorie hätte billigen müssen. Und doch widerstritt die historische Schule solchen Neubildungen! Warum deshalb eine so trostlose und grundlose Spaltung?

Diese trostlose Spaltung von Theorie und Praxis nun, von Lehre und Wirklichkeit, versuchte der Verf. ebendeshalb einmal in einem einzelnen Institute einem ganz speciellen, realistischen Studium zu unterziehen, um — vorläufig wenigstens dieses eine Recht — womöglich in Theorie und Praxis zur Einheit zu führen. Er wählte hiezu eben dies rein „in der Praxis" entstandene Schmerzengeld!

Digitized by Google

Das rein römische Recht nämlich der Vergangenheit kannte ein „spezielles" selbstständiges Civilrechtsinstitut bei dem Vorkommen von schmerzhaften Körperverletzungen noch nicht, wie die heutige deutsche Praxis. In Rom vielmehr fiel das »cum dolore caedere« — abgesehen von der unter Sulla im Jahre 81 vor Chr. erlassenen Lex Cornelia — nur unter das generelle delictum privatum der injuria e generati edicto, nämlich nur unter das, hierin enthaltene Aushilfedelikt der injuria oder des Unrechts (omne quod non jure fit), welches für die specielle Lehre des Schmerzengeldes nicht ausreichte. Folge hievon aber war, daß die historische Doktrin dieses praktische Institut des Schmerzengeldes, obgleich es doch zufolge Gewohnheitsrechtes speziell in Deutschland in reicher Anwendung von jeher zweifellos positiv feststand, entweder, wie Savigny, gar nicht, oder abgesehen von Savigny doch nur so sporadisch und kärglich beachtete, daß die Praxis in der Casuistik dieses damals vielangewendeten Institutes von der Theorie fast verlassen und faktisch gespalten dastand, so daß sie deren einzelne Rechtssätze sich selbst erst — mühsam tastend — darstellen mußte. Und das war nicht leicht. Das „bedurfte" Principien! Deshalb wählte der Verf. gerade dieses Institut. Als Praktiker wollte er dazu beitragen, einerseits für die Praxis selbst dessen Lehren von deren fortwährenden in der Praxis gegebenen Schwankungen zwischen einer Straf- und Ersatzklage zu erretten und dessen Casuistik den Bedürfnissen der Praxis gemäß auszubauen; anderseits wollte er dieses im Leben unentbehrliche Institut zu einem, von Theorie wie Praxis einheitlich anerkannten deshalb erheben, oder in ihm speciell Theorie und Praxis deshalb einen, um vielleicht der Praxis so der Wohlthat der Unterstützung durch eine Theorie auch fernerhin theilhaftig werden zu lassen, die Theorie aber des Verständnisses eines gegebenen lebenden Rechts!

Mit diesem Institute zudem hat es bei näherer Betrachtung eine ganz besondere Bewandtnis: Das Recht einer ges. Vergangenheit der historischen Schule ergibt uns dasselbe als frühere „Strafklage" auch selbst in Deutschland. Eine praktische Schule dagegen, welche auf dem quellenmäßig gegebenen realen Leben des Rechtes der Gegenwart fußt, zeigt dasselbe als eine spätere „Ersatzklage". Mit der verschiedenen Beantwortung dieser Prinzipien- oder Schulfrage aber: ob Strafe der Vergangenheit oder Ersatzklage des Lebens der Gegenwart, ändert sich jedesmal zugleich fast die ganze Casuistik des Institutes, und da diese Principienfrage so eben zugleich von der jeweiligen Schulauffassung: ob historische oder praktische Schule? bedingt ist, so kann man gewiß sagen, daß hier die bloße Schulfrage schon, ob historische oder praktische Schule, geradezu unmittelbaren praktischen Werth bietet! — Dies alles erklärt sich aber geschichtlich so.*) —

*) Ueber die sämmtlichen hier berührten Fragen vgl. man des Verf. Untersuchungen über die heutige Schmerzengeldklage", Erlangen, Deichert, 1860; insbes.

Digitized by Google

Dies Schmerzengeld war noch vor dem 17. Jahrhunderte in Deutschland offenbar zugleich eine Strafklage. Dasselbe enstand nämlich aus den mittelalterlichen Compositionen oder Bußen, in welchen bei Körperverletzungen, an die Stelle der öffentlichen Strafe des noch nicht erstarkten Staates, noch die Privatfehde der Sippen, also eine, die öffentliche Strafe nur ersetzende, surrogirende Privatstrafe und zu deren Abwendung wieder ein Loskauf von der Privatfehde mittels Geldes trat. Diese compositio also war bei einem „reinen" Schmerzengeld, d. i. da, wo nur die schmerzhafte Körperverletzung, nicht aber zugleich eine Vermögensbeschädigung vorlag, offenbar sogar eine reine Strafe; sie war ein Geld-Surrogat für eine Strafe und damit selbst Strafe! War mit einer Klage noch überdies eine aquilische Ersatzforderung für Kurkosten, Arbeitsentgang ꝛc. verbunden, so lag auch dann höchstens noch immer eine actio mixta vor, keine bloße Ersatzklage! Dieser Charakter änderte sich auch dann noch nicht, als das Schmerzengeld, als im vorneherein taxierte Summe, als sog. Gliedertaxe in den Sachsenspiegel und als Strafe des rechtswidrig folternden Richters in den Art. 20 u. 21 der Carolina überging, im Gegentheil unterschied ja auch diese letztere wieder noch ausdrücklich zwischen „schmertzen, kosten und schäden"; und auch nach der Rezeption des römischen Rechts faßten noch die deutschen Juristen seit dem 16. Jahrhunderte die Klage fortwährend als injuriarum actio, somit als reine Strafklage auf! (M. vgl. des Verf. Schmerzengeldklage S. 108.) — Erst seit dem 17. Jahrhunderte (Schmerzengeldklage S. 105) begannen die deutschen Juristen dies Schmerzengeld als Ersatzklage, als utilis actio l. Aquiliae zu qualificiren. — Diese neue Qualifikation nun aber war vom Standpunkte der historischen Schule aus, wenn das Recht der ges. Vergangenheit entscheidet, nur eine unrichtige Subsumtion der bisherigen Strafklage unter die aquilische Ersatzklage; selbst als abrogirendes Gewohnheitsrecht hätte sie ja als consuetudo contra legem bekämpft werden können, denn die Carolina war ja gemeinrechtliches Gesetz, und jenes Gewohnheitsecht eben hob die gesetzliche Natur der Strafe auf. Der Verf. entschied sich deshalb damals noch — nach dem Rechte der ges. „Vergangenheit" des Schmerzengeldes und damit nach dem Grundprincipe der „historischen Schule" — aus principiellen Schulgründen der historischen Schule für eine Ersatzklage.

So stand früherhin und damals im Jahre 1860 der Verf., wie früher auch Ihering und wir alle wohl, noch auf dem principiellen Standpunkte der historischen Schule! Unsere ganze Universitätsbildung von damals mußte dies ja bewirken. Es gab damals noch keine andere, anerkannte oder nur vertretene Schule. Denn die unbedingte Naturrechtsschule war damals von der historischen Schule ja soeben erst mit theilweisen Rechte vollständig überwunden, und die

S. 105, 108, 115, S. 121—2 Note 1 u. 5 ꝛc. Wir werden die Schrift künftighin mit „Schmerzengeldklage" schlechthin allegiren.

Digitized by Google

Praxis, welche damals schon allerdings auch in anderen Fällen, wie von jeher, ein anderes Recht darstellte, als das vergangene der historischen Schule, übte zwar concludent, kannte aber ihr eigenes Grundprincip oder ihre Schule noch nicht. Man beachtete so noch überhaupt nicht, daß das praktische Recht auch die Consequenzen einer anderen Schule forderte. Damit so keinerlei Zweifel bestehe, daß wenigstens der Verf. damals noch in seiner Erstlingsschrift über das Schmerzengeld der historischen Schule im Schulprincipe beipflichtete, sprach er dies auch noch durch die Wahl eines Citates aus Gajus ad l. XII tab. an der Spitze seines Werkes über Schmerzengeld sichtlich als Motto aus: »Facturus legum vetustarum interpretationem, necessario — ab Urbis initiis repetendum existimavi. — Et certe cujusque rei potissima pars principium est.« — Und merkwürdiger Weise, nicht blos der Verf., nein auch die ganze, ihrer Grundprinzipien nach unbewußte „Praxis" stand damals noch, in diesem einzelnen Institute wenigstens, eine Zeit lang, gegen ihr sonstiges concludentes Grundprinzip verstoßend, auf der Basis dieses „vergangenen" Rechts der historischen Schule und der Strafklage! So: der Praktiker Gensler (Archiv f. civ. Praxis I, 3. Aufl. S. 146 § 3 Note 5), und namentlich die damals gerade in diesen Entscheidungen für den Verf. tonangebende Praxis des bayerischen obersten Gerichtshofes, welcher den Verf. zunächst anregte. (Seufferts Blätter f. Rechtsanw. Bd. 15 S. 175 Note 6; Bd. 23 S. 312 Note 2, Seufferts Archiv Bd. 8 Note 138 S. 198; vgl. des Verf. Schmerzengeldklage S. 165 Note 3.)

Diese der historischen Schule entsprechende Auffassung und Gründe der Erstlingsschrift des Verf. für das Schmerzengeld als eine frühere, „vergangene" Strafklage nun fanden zwar auch damals wieder, wie zuvor, anfänglich noch eine Zeit lang weitere Aufnahme in Präjudicien der obersten Gerichtshöfe, selbst unter Berufung auf den Verf. mit Emphase noch in der 2. Auflage von Windscheid's Pandekten, § 455 Ziff. 7 Note 29—33. Aber: in der Praxis bewährte sich auch diese historische Schulanschauung des Verf., wie die gesammte historische Schule, trotzdem niemals! Wie? läßt sich sofort zeigen. Namentlich in zwei Gruppen casuistischer Einzelfragen folgte das Gewohnheitsrecht der Praxis trotzdem den Grundsätzen einer römischen Strafklage, dem Rechte der Vergangenheit oder der alsdann gebotenen Subsumtion unter der römischen generalis injuria, niemals. In Wirklichkeit schwankte so auch hier nur die Praxis zwischen einer historischen und praktischen Schule! Verfolgen wir auch dies!

a) Eine erste Kategorie von mehreren casuistischen Rechtssätzen des Schmerzengeldes nämlich zeigte in dem Gewohnheitsrechte der Praxis schon fortwährend Abweichungen vom römischen Rechte, ohne deshalb noch nothwendig von der Grundlage des historischen Schulprincipes, dem „vergangenen" Rechte der historischen Schule abzuweichen! α) Während z. B. die injuriarum actio der römischen

Digitized by Google

Vergangenheit nur bei animus injuriandi oder „dolus“ zulässig ist, ließ das heimische Gewohnheitsrecht ein Schmerzengeld umgekehrt stets auch schon bei blos culposer Körperverletzung zu. Das nun zeigte zwar, daß das Schmerzengeld als deutschrechtliches Institut sich vom römischen Rechte selbständig unterschied, ähnlich, wie sich ja auch im Strafrecht ein selbständiges Reat einer dolosen und culposen Körperverletzung in nachrömischer Zeit ausgebildet hatte. Dieser Umstand allein bewies aber noch nicht zwingend, daß deshalb auch gerade das Grundprincip der „historischen Schule“ aufgegeben wurde, wonach nur das „vergangene“ Recht ein geltendes Recht sein sollte: denn auch diese Zulassung des Schmerzengeldes wegen culpa konnte ja bereits in der „Vergangenheit“ in Deutschland dagewesen sein; ihre spätere Entstehung war wenigstens nicht sofort nachweislich! Solche andere Consequenzen der Selbständigkeit waren beispielsweise auch: β) die römische injuriarum actio war ausgeschlossen bei einer Einrede des „Scherzes“; γ) bei ihr war ferner selbst eine bloß „mittelbare“ Klage des Ehemannes und Vaters für die injuriierte Frau und Hauskinder zulässig; δ) endlich in Rom war die Aestimationssumme (der aestimatio poenae) bei einer injuria eine höhere, wenn ein höherer Rang der Person vorlag. Diese Bestimmungen sämmtlich nun wurden als singuläre im Rechtsleben und der Praxis nie auf die selbständige deutsche Schmerzengeldklage wegen Körperverletzung übertragen; nie beispielsweise fand man (zu β) eine schmerzhafte Körperverletzung straflos, weil der Thäter nur „gescherzt“, nur aus Scherz eine klaffende Wunde beigebracht haben wollte! nie gab es ferner (zu γ) eine blos mittelbare, eine doppelte bis dreifache Schmerzengeldklage, wie es eine mehrfache römische Injurienklage gab: zuerst ein solche der körperlich verletzten Frau, dann noch je eine solche des Vaters oder endlich des Ehemannes; ja man schloß sogar (zu δ) im deutschen Rechte bei höher Gestellten das Schmerzengeld ganz aus, statt daß man es, wie in Rom, erhöhte, (Schmerzengeldklage § 23 S. 206—213). In all' diesen Fällen war aber hier noch, wie gesagt, kein sicherer Grund zur Annahme gegeben, daß all' dies Recht in Deutschland nicht auch schon in der gesammten Vergangenheit unserer Nation gegeben war, daß also die historische Schule zu verlassen sei; und deshalb hielt der Verf. damals noch an dem Grundprincip der historischen Schule vom Gelten des vergangenen Rechts fest; er vertat nur die Selbständigkeit der deutschen Schmerzengeldklage als eines Institutes des deutschen Privatrechts gegenüber dem römischen Rechte. (S. Schmerzengeldklage S. 206—213.)

b) Eine zweite Kategorie von gewohnheitsrechtlichen Rechtssätzen der Schmerzengeldklage aber zeigte allerdings bereits einen Fall, welcher, empirisch (a posteriori oder induktiv) erfaßt, das Grundprincip der historischen Schule selbst erschüttert, wonach nur das „vergangene“ Recht geltendes Recht sein sollte! Solche Fälle sind alsdann allerdings gewissermaßen geradezu Cardinalpunkte, in deren

Digitized by Google

Angeln sich das Recht empirisch grundgesetzlich, schulgerecht überhaupt bewegt; sie sind gewissermaßen Archimedische Punkte, so zwar, daß, wenn einer dieser Punkte feststeht und stichhält, der ganze Grundbau der historischen Schule selbst aus seinen Angeln gehoben, erschüttert, haltlos erscheint und stürzt: Das heutige Gewohnheitsrecht nämlich läßt ein Schmerzengeld, entgegen seiner früheren nachweisbaren Uebung, wonach es allein Strafe war, fortwährend auch neben einer Criminalstrafe, bei jeder Körperverletzung somit, zu! Wäre nun das Schmerzengeld heute noch nur eine Strafe gewesen, so wäre dies hier offenbar als eine „doppelte" Strafe unzulässig: denn es wäre dies eine wiederholte privatrechtliche Bestrafung neben der öffentlichen Criminalstrafe; nnd eine solche doppelte Strafe ist nach dem Grundsatze: ne bis in idem rechtlich unmöglich. Ließ das heimische Gewohnheitsrecht späterhin trotzdem dies heutige Schmerzengeld neben der Criminalstrafe zu — und jeder Praktiker wird das aus Erfahrung bestätigen können, § 231 des Reichsstrafgesetzbuches selbst spricht ja dies überdies durch Zulassung der Buße neben der Strafe gesetzlich aus —, so beweist dies somit weiter ein dreifaches: einmal, daß das heutige Gewohnheits- und sonstige Recht das Schmerzengeld rechtlich nicht mehr, wie früher, als Strafe, sondern höchstens als Ersatz auffassen konnte; denn das Strafrecht ist durch die öffentliche Criminalbestrafung bereits gesühnt und absorbiert; eine Geldzahlung trotzdem konnte nur Ersatz sein. Es beweist dies aber überdies zweitens, daß in einem solchen Gewohnheitsrechte nicht die „vergangene" heimische Geschichte (welche das Schmerzengeld in den Compositionen, den Gliedertaxen, dem Art. 20 und 21 der Carolina ꝛc. fortwährend als Strafe oder mindestens als actio mixta auffaßte), sondern die spätere und lebende heimische Geschichte der Gegenwart maßgibt, welche seit dem 17. Jahrhundert das Schmerzengeld analog unter die aquilische Ersatzklage subsummirte; daß somit hier speziell die spätere und lebende Geschichte, welche der Praxis regelmäßig folgt, die frühere „vergangene" Geschichte der historischen Schule „bricht" und aufhebt. All dies beweist somit endlich drittens ein Grund- und Schulprinzip, daß der Grundbau, das ganze Grundprinzip der historischen Schule in diesem Falle erfahrungsgemäß (empirisch) durch die That — pragmatisch und real — widerlegt ist; der Schule, zufolge deren nur das Recht der „gesammten Vergangenheit" geltendes Recht sein sollte! Denn nicht das vergangene, frühere, sondern eben nur das geschichtlich „lebende" Recht der Gegenwart ist hier real das positive Gewohnheitsrecht: damit aber schon war durch dieses eine Institut die Herrschaft der historischen Schule empirisch überhaupt real gebrochen. Denn wenn das vergangene Recht der historischen Schule einmal als todt und unwahr nachgewiesen ist, so ist es doch wohl überhaupt unwahr!

Was geschah nun aber in dieser einen Lehre weiter? Während die Praxis selbst zur Zeit der Erstlingsschrift des Verf. von 1860, wie erwähnt, ihrer eigenen sonst festgehaltenen Grundanschauung ent-

Digitized by Google

gegen, im Institute des Schmerzengeldes speciell noch eine Zeit lang an dem Grundprinzipe der historischen Schule und des Verf. in s. Erstlingsschrift, i. e. an der früheren, jetzt vergangenen Strafklage festhielt, während der Verf. seit 1860 in anderen Beispielen beobachtend und staunend anfing, die Bewegungen des Lebens des Rechts, insbes. des Gewohnheitsrechtes, und diese Widerlegung seiner eigenen früheren historischen Schulanschauung wahrzunehmen, zeigte sich im Schmerzengelde speziell ein eigenthümliches einmüthiges und grelles Zeitbild! Nicht die Praxis trat in diesem einen Institute für die Verwirklichung des lebenden, praktischen Rechts der Ersatzklage, somit für das Grundprincip einer anderen, praktischen Schule, gegenüber dem hier noch an der historischen Schule haftenden Verf., zuerst wieder ein, sondern, unglaublicher Weise, trotz ihres conträren historischen Schulprincipes: die ausgezeichnetsten Juristen unserer Doktrin, welche noch vermeinten, an der historischen Schule festzuhalten! Gleich anfänglich nämlich schon äußerte Ihering mündlich dem Verf. seine Bedenken gegen die Auffassung des Schmerzengeldes als Strafe. Nach einiger Zeit aber stellte Wächter in seiner bekannten Schrift: „Die Buße" (Leipzig, Edelmann 1874) sich treffend auf den Standpunkt des heutigen lebenden Rechtes oder einer praktischen Schule: Er schilderte, wie das moderne Schmerzengeld heutzutage ganz ebenso eine bloße moderne, analoge Aquilische Ersatzklage geworden sei, wie beispielsweise der Vermögensersatz des heutigen Rechts: bei Verlöbnißbruch, bei Kranzgeld; auch hier trete ja Vermögens*entschädigung*, selbst auch ohne Vermögens*beschädigung*, ein. Ebenso trat später Windscheid, welcher sich doch zuvor in seiner 2. Pandektenauflage noch mit Emphase für die historische Schulanschauung des Schmerzengeldes durch den Verf. erklärt hatte, jetzt ganz ungeniert dieser einzelnen „praktischen" Schulanschauung Wächter's, dem lebenden Rechte der Gegenwart statt dem „vergangenen" einer historischen Schule, in der speciellen Lehre bei! Ebenso später: die gesammte Praxis! So zwar, daß heutzutage zweifelsohne durch Gewohnheitsrecht die Schmerzengeldklage bloße Ersatzklage, entgegen der gesammten Vergangenheit und dem Schulprincipe der historischen Schule, geworden ist! Die Consequenz also war: ein durchdringender Bruch mit dem Grundprincipe der historischen Schule vom Gelten des Rechts der ges. „Vergangenheit" in dem speciellen Institute des Schmerzengeldes durch Theorie und Praxis vereint! — — Freilich hätten nun damals schon diese Juristen alle — wie später im Jahre 1888 in der That Ihering — consequent auch sofort die historische Schule selbst und überhaupt über Bord werfen müssen: denn wir Juristen sind ja doch nicht etwa so gebaut, wie eine vielleicht eben um uns herum summende Fliege; sie allein etwa kann bald mit ihren Füßen unten auf dem realen Boden, bald aber gerade umgekehrt über uns an einer Decke der Vergangenheit kleben. Wenn wir Juristen aber einmal erkannt haben, daß das Recht auf dem festen, realen Boden, auf der Basis des quellenmäßigen Lebens steht,

Digitized by Google

nicht auf der über uns sich spannenden Decke der Vergangenheit, dann werden wir doch consequent auch dieser empirischen Wahrnehmung treu bleiben müssen; das Recht kann nicht im Schmerzengelde allein auf der Basis einer praktischen Schule: auf dem „gegenwärtigen geschichtlich gegebenen Leben" des Rechts und seinen Quellen, in allen übrigen Fällen aber auf dem Boden der gesammten nebelhaften „Vergangenheit" der historischen Schule stehen! So aber begann bei unserer Doktrin jetzt wenigstens in Einzelheiten schon vorläufig ein Abfall, jene Zeit des „Schwankens und Uebergangs", welche das freilich im historischen Principe noch tadelte und verfolgte, was doch unsere Doktrin im casuistischen Präjudize im Einzelnen jetzt täglich selbst that oder doch billigte: die im Vorworte erwähnte Uebergangsperiode, welche wir unten in § 3 näher schildern werden, und welche, wie wir im Vorwort bemerkt, nicht von langer Dauer sein kann! Die Zeit nämlich, welche: im casuistischen Präjudiz dem geschichtlich gegebenen Leben des Rechts in der Gegenwart, im Rechtsprincip aber umgekehrt: dem, dies Präjudiz verdammenden Rechte einer gesammten Vergangenheit der historischen Schule gehorchen wollte. In dieser noch mitternächtig zwölften Stunde hätte ein deutscher Nachtwächter sein Lied besonders eindringlich singen müssen: Zwölf der Jünger blieben treu, Herr gib, daß kein „Abfall" sei. Der Nachtwächter von damals ließ sich aber auf Gründe nicht ein. Und der thatsächliche Abfall vermehrte sich. Denn es schien keine Gegengründe zu geben!

Während es aber so in den Häuptern selbst auch unserer Doktrin gährte, während ferner gleichzeitig die Praxis noch unbekümmert um ihr eigenes Grundprincip fortschlummerte, und diese fortwährend nur unbewußt, aber thatsächlich und concludent, wie seitdem überdies die neueste Doktrin in dem Präjudize, ihr Grundprincip und die Schule des praktischen Rechts anwendete, war der Verf. seitdem auf andern Gebieten nicht unthätig. Er ließ seine Erstlingsarbeit über das Schmerzengeld beiseite, und hatte inzwischen anderweitig untersucht, ob diese neue Schule der Praxis (jetzt in dem „einzelnen" Institute des Schmerzengeldes auch die Iherings, Windscheids und Wächters, zum Theil die des deutschen Privatrechts ꝛc.) an Stelle der zum Theil antiquarischen historischen Schule sich nicht auch bei anderen modernen Instituten in gleicher Weise bewährte, wie im Schmerzengelde; namentlich bei der Musterlehre der historischen Schule: bei Savigny's Recht des Besitzes, welche ja im Grunde auch nur eine „Neubildung" eines modernen Detentionsrechts ist (§ 2 IV II); ferner in der Genossenschaft ꝛc. — Namentlich aber die Musterlehre der historischen Schule vom Besitz zeigte die Unmöglichkeit der Herrschaft einer historischen Schule und ihres vergangenen Rechts evident so recht klar, wie wir vielleicht theoretisch aus § 2 IV II und praktisch aus § 4 A, ebenso wie aus § 5—7 selbst (aus eigener Prüfung der Belege) ersehen werden. Denn Savigny wollte doch selbst damit nur eine heutige, freilich in Rom noch

Digitized by Google

schutzlose „Detention" schützen, und — vernichtete geradezu dies lebende Detentionsrecht durch Mißdeutung und Subsumtion unter eine Geschichte der römischen Vergangenheit, unter die römische possessio, welche nur denjenigen animus (domini) schützte, welcher corpore auch zugleich ein Eigenthum prätendirte, niemals bloße Detention! niemals bloßes Detentionsrecht! Diese Unhaltbarkeit der historischen Schule aber in allen, so weiter untersuchten Neubildungen der Praxis, welche ein gemeinsames Grundprincip für das gesammte Recht ergeben mußten, führten den Verf. gleichfalls u. zw. im Jahre 1865 zu dieser „principiellen" Anschauung der Unhaltbarkeit der historischen Schule und ihres vergangenen Rechts überhaupt: zu der Annahme, daß an deren Stelle wörtlich eine realistische, d. i. (weil man das Wort „praktisch" damals noch nicht nennen durfte) eine praktische Schule des geschichtlichen Lebens der Gegenwart überhaupt treten müsse. Diese Selbstberichtigung seines früheren historischen Standpunktes durch den Verf., dieselbe Bekehrung, welche Ihering jetzt seit dem Jahre 1888 ankündigte, legte nun auch der Verf. in seinem schon erwähnten Schriftchen nieder: Das praktische Bedürfniß der Rechtsreform gegenüber der historischen Schule. Erlangen, Deichert 1865, dessen zweite Auflage hier gleichzeitig vorliegt. — — Dies die äußere Veranlassung des Versuches des Verf.: die Untersuchung und Prüfung der Frage nach der Berechtigung: entweder einer historischen oder einer praktischen Schule vorzunehmen, zu welcher er äußerlich speciell schon durch das Bestehen einer einzelnen praktischen Neubildung, wie das Schmerzengeld, gezwungen hätte werden müssen! — —

Damit erledigt sich jetzt wohl aber auch die Frage: Wer hat das Forschen nach einer besseren, praktischen Rechtsschule veranlaßt: eine Person oder die Sache? Und was hat ebendeshalb auch unseren Titel veranlaßt, eine solche „Schule" zu verlangen? — Die Antwort wird lauten müssen: Unsere Jurisprudenz ist auf diese Weise „sachlich" veranlaßt, zu versuchen, die Schule unseres thatsächlich allerorts „allein geltenden" praktischen Rechts zu ermitteln, um diese Schule und ihre Principien alsdann mit dem Grundprincipe der beiden bisherigen Schulen: des Naturrechts und des historischen Rechts der gesammten Vergangenheit vergleichen und dann sachlich principiell entscheiden zu können: welche dieser drei Schulen ist eine berechtigte? eben diese Naturrechts-, historische oder die erst zu ermittelnde praktische? Aeußerlich ist dies deshalb veranlaßt, weil eine solche praktische Schule bis jetzt mit ihren concludenten Principien, wie gesagt, zwar in Theorie und Praxis angewendet, aber noch nicht klar bewußt und theoretisch ermittelt ist! Zwar war auch schon das classische „römische" Recht längst ein praktisches Recht. Aber auch dieses hat die Grundgesetze einer praktischen Schule noch nicht ausreichend aufgezeichnet: Die Römer selbst waren hiezu noch nicht äußerlich veranlaßt, weil bei ihnen nur ein einziges, nur ein praktisches Recht allein bestand und sie damit noch überhaupt nicht in der Lage waren, nach

Digitized by Google

dem erst jetzt bestrittenen Grunde seiner Geltung zu suchen, so, wie wir eine solche Begründung jetzt bedürfen. Denn die Römer konnten noch nicht voraussehen und ahnen, welche Einwände dereinst gegen eine Darstellung ihres lebenden und praktischen Rechts mehr als tausend Jahre später durch „aprioristische" Schulen des Natur- und historischen Rechts gebracht werden konnten, um auch solche Einwände schon damals sofort speciell zu widerlegen! Deshalb ist erst unsere Zeit veranlaßt, eine solche praktische Schule ausgiebiger zu suchen und zu begründen gegenüber Utopien einer Aprioristik, welche die Römer wohl kaum je für möglich gehalten hätten!

Eine rein sachliche Veranlassung hiezu ergibt sich ja, wie erwähnt, materiell auch schon aus den eigenen, grundwahren Prämissen unserer, nur in ihrer Schlußfolgerung falschen, zur Zeit theoretisch noch herrschenden historischen Schule! Savigny selbst erkennt ja nämlich bereits an, daß alle Geschichte und damit alles geschichtliche Recht lebt (§ 2 III). Er selbst will in seinen Grundlagen ein lebendes Recht! Damit schon wäre unsere bisherige historische Schule selbst veranlaßt gewesen, zu ersehen, daß ja doch aus diesem ihren wahren Obersatze vom „Leben" des Rechts sachlich nicht eine Schule eines geschichtlich „vergangenen", möglicherweise todten, sondern sachlich nur eine solche eines geschichtlich „lebenden" oder praktischen Rechts gefolgert werden durfte, so, wie dies unsere Praxis concludent übt und wie die Erforschung der Gesetze eines solchen Rechts unser Titel versuchen will: Mit unserem Vorworte somit zu ersehen, daß ein Savigny höchstens ein Cunktator, seine Schule aber nur eine Uebergangsstufe zur Vollendung einer Schule des wirklich lebenden und praktischen Rechts sein konnte, welches wir für seine Zeit, nicht auch für jetzt noch, als ein solches lebendes Recht bereits in dem classischen römischen Rechte alle bewundern! Daß die wissenschaftliche Folgerung der historischen Schule, wonach das anerkannte Leben des Rechts vorläufig nur aus der gesamten Vergangenheit ersehen werden solle, so vorläufig eben nur ein torso einer Schule des wirklichen, realen Lebens des Rechts verblieben sein mußte, ein torso, welchem noch die aktionsfähigen Glieder fehlen, um in das reale Leben des Rechts und die Praxis auch werkthätig eingreifen zu können. Diese eigenen Prämissen der historischen Schule somit beweisen, daß wir hier rein sachlich veranlaßt sind, nach einer vollendeteren Schule des lebenden und praktischen Rechts zu suchen, als Savigny, damit einmal die, durch Savigny's bloß halbe Wahrheit hervorgerufene und durch dessen eigene Erfahrungen alsdann schließlich nothwendig wahrgenommene Trennung von vergangener Rechtstheorie und lebender Praxis, dies „Hauptübel" unseres Rechtszustandes nach Savigny selbst, endlich vollständig beseitigt werden kann; denn dieses Hauptübel hat ja nur Savigny's unvollständige und unausgebaute Schule verstärkt herbeigeführt! Damit wir ferner endlich ein einheitliches, wirklich lebendes oder praktisches, statt ein falsches, positives: statt ein antiquarisches Recht einer bloßen

Digitized by Google

gesammten geschichtlichen Vergangenheit unserer seitherigen Theorie erringen!

Diese unpersönliche sachliche Natur und Veranlassung unserer Untersuchungen, der Grund, warum wir mit unserem Titel sachlich nach der Schule eines lebenden und praktischen Rechts forschen müssen, ergibt sich materiell ferner schon aus dem sachlich negativen Resultate unserer bisherigen Schulen; schon daraus, daß materiell noch nicht eine wahre, bessere realistische Schule gefunden ist, welche den allgemeinen thatsächlichen Abfall unserer historischen Schule eines „vergangenen" Rechts zum Präjudiz, zu dieser viva vox eines quellenden, geschichtlich „lebenden" Rechts, erklärt. — Sie ergibt sich aber auch weiter aus der ungenügenden formalen Methode unserer bisherigen Rechtswissenschaft; diese mußte eben damit auch formell schon nur um so leichter zu einer falschen Schule geführt werden können: nämlich aus deren bisheriger Aprioristik. Denn auch diese führt ja, sowohl in den bloßen Vernunftoperationen der Naturrechtsschulen, als in dem nur a priori erträumten Gelten eines bloßen „vergangenen"! Rechts unserer historischen Rechtsschule in der That immer wieder nur zu einem aprioristischen, im Princip wenigstens falschen Rechte: Hat es denn nicht in der That, wie schon gesagt, eben auch diesen bisherigen Schulen wieder die alte Muhme unseres Mephisto, die Schlange der täuschenden Lüge eben dieser Aprioristik — und zwar wie so mancher anderer unserer Wissenschaften, diesmal nun auch unserer deutschen Jurisprudenz — so sehr angethan, daß sie formal a priori von dem uns Menschen verbotenen Baume der Erkenntnis, von der Aprioristik des bloßen subjektiven Menschengeistes, zu essen begann, um damit sachlich ihrer Lüge und Täuschung zu verfallen? Hat so dieses Forschen aus dem eigenen Geiste und Wissen allein nicht eben die Schlange Aprioristik unseren bisherigen Rechtsschulen in das Stammbuch geschrieben und angerathen: eritis sicut Deus, scientes bonum et malum: Ihr selbst sollt es wissen aus Eurem Geiste! In diesen bisherigen Rechtsschulen dürfen, müssen wir somit mit sachlichem Grund wieder das Wirken der Schlange einer aprioristischen Selbstüberhebung unseres Wissens paralisieren, welche doch diese bisherigen beiden Schulen vermochte, sich zu weigern, nach Göthe „Erfahrungsfülle" (einer empirischen Wissenschaft) zu gewinnen, und so auch in der historischen Schule, statt der verborgenen Schätze lebender Wirklichkeit, nur zum Theil schauerliche, ausgebrannte antike Kohlen „auszugraben" und davonzutragen. So also besteht auch zweifellos längst eine rein sachliche Veranlassung, daß es auch unserer heutigen Jurisprudenz: der historischen Schule wie dereinst der Naturrechtsschule, jetzt endlich einmal wieder bei ihrer aprioristischen Gottähnlichkeit in der That bange werde; daß sie endlich sich herbeilasse, statt a priori aus dem eigenen subjektiven Geiste Recht zu diktiren, jetzt auch nach der Ankündigung Iherings sachlich-realistisch mittels Erfahrung nach den, in Rechtsleben und Praxis unwillkürlich

Digitized by Google

sich kündenden realistischen Gesetzen zu forschen und sie in eine Schule zusammenzufassen, Gesetze, welche zufolge ihres unwillkürlichen Gegebenseins doch unzweifelhaft eine weit höhere Macht, als ein Magister der Glosse ꝛc., das Walten einer Gottheit über uns, selbst in das Recht gelegt und in dieses eingeschrieben haben mußte! — So würde denn auch die Anklage des Uebergangsjuristen Windscheid (Pand. § 9 Text zu Note 4) noch gegen den Verf. zurückzuweisen sein, daß seinem empirischen Forschen nach einer praktischen Schule jemals „andere" Dinge zu Grunde gelegen sein könnten, als rein sachliche Gründe. Welche? — Darüber näheres § 3 a. E. mit § 4 a. A.! —

So „veranlaßt" auch jetzt unseren Titel nicht eine persönliche, sondern eine rein sachliche Berechtigung zu dem Verlangen einer Forschung nach den Wahrheiten einer Schule des lebenden und praktisch geltenden Rechts. — Was „Personen" dazu thun können, ist blos dies, daß diese die sachlich gegebenen Gesetze und Ideen aus Erfahrung erkennen und deren Erkenntniß fördern! Und selbst hier ist ja bereits, thatsächlich wenigstens, wie wir soeben wie aus unserem Vorworte ersehen haben, die „Person" der besten Juristen der Doktrin unserer historischen Schule, der Romanisten wie Germanisten, ebensosehr eingetreten, wie die „Person des Verf.", welcher diese Gesetze aus einer sachlichen Erfahrung nun zum ersten Mal offen zum Ausdrucke zu bringen wagt. Veranlassung aber des Fortschreitens dieser gesammten Jurisprudenz ist einzig die „Sache": das Bedürfnis des Rechtslebens unseres Volkes (§ 4 A), die abstrakten Gründe der § 1 Ziff. 7 u. 8, die Wahrheit und Consequenz der Lehre unserer Doktrin, die Wahrheit und Consequenz des Urtheilens der Praxis; Wahrheiten, welche dereinst Theorie und Praxis wieder werden vereinigen müssen!

Nun aber, nach der wohl ausreichenden Erledigung dieser oben berührten Vorfrage: hat irgend eine „Person" die vorliegenden Untersuchungen über den Grund des Geltens oder die „Schule" unseres lebenden und praktischen Rechts äußerlich veranlaßt, und nicht vielmehr die hocherhabene „Sache" des Rechts — noch die weitere Frage: Welche Person wird zur Ausführung dieser Untersuchung einer praktischen Schule zunächst veranlaßt sein: die Person des Praktikers oder die des Theoretikers? — Die Antwort wird wohl auch hier ähnlich lauten müssen, wie bei der früheren Frage: im Interesse der „Sache" einheitlich: beide! —

Auf den ersten Blick könnte es ja hier scheinen, daß solche Untersuchungen über eine praktische Schule sogar nur uns Praktiker allein angehen! In der That wollen ja auch zweifellos wir Praktiker solche Untersuchungen zunächst nur anstellen, um die Wahrheit und Berechtigung unseres eigenen praktischen Thuns und Rechtes allein wissenschaftlich zu ermitteln und dasselbe nur vor der Oeffentlichkeit wie vor unserem eigenen Gewissen zu rechtfertigen. Und dazu allerdings wenigstens werden wir ja doch gezwungen wie moralisch verpflichtet — somit „veranlaßt" — erscheinen, nachdem unser prak-



Digitized by Google

tisches Recht seit Jahrhunderten durch aprioristische Doktrinen bekämpft ist. Wir Praktiker mußten bei einigem Nachdenken bisher auch, schon seit der Entstehung unserer bisherigen aprioristischen Schulen — in jedem einzelnen casuistischen Präjudize sowohl, als in jedem Systeme unserer bisherigen wechselnden Doktrinen, welche über unser abweichendes praktisches Recht von der Art des § 2 I 2 entweder hinweggingen oder dies vollends direkt bekämpften — ersehen, daß und warum wir nicht anders urtheilen und dem abweichenden Rechte unserer bisherigen Schulen nicht folgen konnten! Theilweise konnte uns ja einerseits niemals unbedingt das Schaffen eines beliebig, subjektiv neuernden Rechtes aus der Vernunft unserer Naturrechtsschulen befriedigen: dies verletzt ja möglicherweise wohlerworbene, uralte wie moderne „geschichtlich" lebende Rechte. Theilweise aber konnte doch für uns anderseits auch nicht schon das unbedingte Stehenbleiben bei theilweisen Antiquitäten einer gesammten rein römischen, altgermanischen und sonstigen Vergangenheit unserer historischen Schule ausreichen, denn dies zerstört ja auch möglicherweise gleichfalls wieder anderseits wohlerworbene, „geschichtlich" neuerstandene und lebende moderne Rechte, die Neubildungen des Rechts (§ 2 I 2): „Unbedingte Naturphilosophie" also wie geschichtliche „Vergangenheit" sind angesichts des, für uns allein maßgebenden geschichtlichen positiven „Lebens" des Rechts für uns Praktiker unmögliche Dinge. Wir „sprechen" im Leben längst ein „anderes" lebendes Recht, eine andere „Rechtssprache", als utopische Philosophien und die gesammte Vergangenheit unserer historischen Schule! Und sobald diese uns unwillkürlich gebietende, lebende Rechtssprache bekämpft wird, mußten wir uns doch eben längst vergewissern und auch die Oeffentlichkeit rechtfertigend aufklären, warum wir keine andere Sprache sprechen können, als eben die lebende, unwillkürlich gegebene des Rechts unseres Volkes; warum wir ihre untersten Grundregeln endlich in eine nationale Sprach-Lehre aufnehmen wollen, damit danach sich ein, auf den Grund reichendes System bilden kann, und damit nicht der bloße Wust von einzelnen Entscheidungen unseres Rechtsprechens, der Präjudizen in den immer mehr anwachsenden Präjudiziensammlungen der Reichsgerichtsentscheidungen wie in Seufferts Archiv ꝛc. ohne leitendes Princip uns erdrücke, ohne doch eine gleich klare Handhabung zuzulassen, wie das System einer Sprach-Lehre oder Grammatik unseres praktischen Rechts. Denn bis jetzt sind wir Praktiker selbst uns noch nicht des untersten Rechtsgrundes völlig klar, d. i. auch theoretisch bewußt geworden, warum die Werkstätte unseres praktischen Rechts fortwährend gerade solch neues praktisches Recht von der Art des § 2 I 2 ausmünzt, und ob das Gepräge dieser, thatsächlich zwar allein geltenden Münze stets einmal: ein bewußt einheitliches, und zweitens: ein korrektes ist; warum es insbesondere ein anderes sein mußte, als das, aus der Münzstätte der Vernunft des Naturrechts und der geschichtlichen Vergangenheit der historischen Schule allein stammende ohne Geltung und

Digitized by Google

Cours. Ohne solche Grundsätze und Grundgesetze einer Schule uns wie der Oeffentlichkeit klar darzulegen, werden wir nie vollständig bewußt und von eigenen Schwankungen frei das Rechte finden, nie das Chaos verringern und nie vor Schädigung und Bekämpfung durch andere aprioristische doktrinäre Schulen bewahrt bleiben, welche die nämlichen empirischen Gründe nicht verstehen, welche uns doch in Leben und Praxis so unwillkürlich wie concludent fortwährend zwingen!

Freilich werden wir Praktiker dann, indem wir so auch nur uns, unsere eigene Rechtsprechung, durch Auffindung ihrer concludenten Principien erklären und rechtfertigen wollen, nichtsdestoweniger auch die untersten Grundsätze anderer, nämlich die unserer beiden übrigen doktrinären Natur- und historischen Rechtsschulen, einer Prüfung und Kritik unterziehen müssen. Es ist dies selbstverständlich! Eigne Erfahrung allein würde uns doch wohl kaum den Grund und die Gesetze des Geltens eines Rechts vollständig oder dieselben doch nur mühsam und unsicher ermitteln lassen. Denn alles wahre Wissen ist ja eine Sammlung von langer Erfahrung; und diese Erfahrung kann nicht der Einzelne allein auf einmal machen, sondern nur die Beobachtung Vieler. Jeder Einzelne steht bei solchen Erfahrungen auf der Schulter der Erfahrung einer früheren Generation und Welt: Und diese früheren Erfahrungen und Schulen auch des Rechts müssen wir daher gleichfalls vergleichend prüfen, um daran die Wahrheit und Berechtigung unserer eigenen abmessen zu können! Deshalb werden wir Praktiker unzweifelhaft unsere eigne aufzusuchende praktische, ebenso wie auch alle übrigen bisher dagewesenen Schulen unserer Doktrinen und ihre etwaigen Erfahrungsgründe, prüfend vergleichen müssen, um entscheiden zu können, welches der vermeintlich geltenden Rechte ist das erfahrungsmäßig berechtigte! Freilich gehen uns bescheidene Praktiker dabei nur die Gründe unseres eigenen Rechtssprechens an! Freilich wollen wir ganz unmaßgeblichen Praktiker dabei gar nicht und nimmermehr uns vermessen, primär unsere hochgelehrten Doktrinen etwa gar zu belehren! Aber auch wenn wir nur uns selbst belehren und allgemeine Rechenschaft geben wollen, werden wir doch veranlaßt sein, die Schulen unserer wechselnden Doktrinen nicht minder aufmerksam ins Auge zu fassen, um ihre Gründe nicht zu übersehen und zu versäumen!

In gleicher Weise, wie die Person unserer Praktiker, wird so alsdann aber auch die Person jedes unserer Theoretiker wie unsere Doktrin veranlaßt sein, die concludent geübten Gründe und Schule unseres praktischen Rechts einheitlich mit uns zu prüfen, obgleich auch diese Schulen bereits mit den Gründen ihrer eigenen bisherigen Schule vertraut sind; auch sie werden dies müssen, um zu erfahren, ob ihre Schule, oder eine bessere, realistische und praktische unserer Praxis, Iherings wie Bismarcks und der Römer, die wahre, berechtigte, und welche Schule die falsche ist; denn drei conträre Schulen, eine Schule der bloßen subjektiven Vernunft, der



Digitized by Google

bloßen geschichtlichen Vergangenheit und eine solche des geschichtlichen Lebens des Rechts, welche sich alle drei diametral widersprechen können, werden unmöglich zugleich wahr sein können; mit Nothwendigkeit müssen zwei derselben jedenfalls theilweise falsches Recht bieten. Auch deshalb wird schon unsere neueste deutsche Doktrin in eine solche Prüfung eintreten müssen, weil ja auch sie selbst wieder das praktische Präjudiz neuerdings bereits in ihre Lehre aufnimmt, und daher auch schon aus diesem weiteren Grunde einheitlich mit der Praxis Interesse hat, zu erfahren, ob sie damit wahres Recht aufgenommen!

Warum nun freilich, nach der bereits in unserem Vorworte aufgeworfenen Frage, gerade der Praktiker und der Verf. jetzt wieder moralisch gezwungen vorangehen soll, um diese Schule unseres praktischen Rechts noch besser zu ermitteln? Warum doch als Praktiker, als eben der Jurist also, welchem ja noch immer in Deutschland nach der Anschauung der, dort unser Jahrhundert litterarisch beherrschenden historischen Schule gerade deshalb das Kainszeichen der Unbedeutendheit auf die Stirne gedrückt ist, weil er bisher doch allein die reale Wirklichkeit des alltäglichen Lebens gezeigt? Denn bedeutend war ja doch eigentlich der aprioristischen Litteratur unserer historischen Schule bisher nur das Höhere, der Begriffshimmel, die Utopie. Warum nicht der, von Ihering beschriebene höhere Begriffshimmel, dessen Recht freilich, außer in Thule etwa, nirgends gilt und insoferne der Empirie Beobachtungsschwierigkeiten böte? Ist nicht gerade der Praktiker dieser höheren historischen Schule bisher ein bloßes Null gewesen, dessen Wahrheiten selbst erst durch das Voranstellen des Namens eines Professors dieser historischen Schule vor die fremde Arbeit dieses Praktikers für diese eine „Größe" wird? Hat diese, von unseren Großvätern wie von Savigny noch so bezeichnete deutsche Gelehrten-Republik nach deren Interpretation (§ 3 a. E.) nicht von jeher ihre Devisen: Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit gerade dem Praktiker als solchen gegenüber in der von der historischen Schule beherrschten Litteratur dahin bewährt, daß sie ihn todtschwieg, sein Princip von aller theoretischen Litteratur ausschloß, seine Resultate aber unter anderem Namen benützte? Warum sich als Praktiker vielleicht solchen wiederkehrenden Wogen eines Kampfes und Fanatismus gegen die Wirklichkeit aussetzen? Warum ein solcher Praktiker nicht einmal, sobald er von den Pflichten seines eigenen aufreibenden Berufs entfesselt ist, deshalb allein schon befriedigt, so das Branden und Tosen solcher extremer Wogen — bald nach vor-, bald nach rückwärts — jetzt sollte völlig theilnahmslos an sich vorüberziehen lassen, sondern jetzt auf Iherings Testament hin noch einmal — der Wahnfried — in anspruchlosen Weihestunden, unbeirrt durch jenes Tosen, das Leben des Mikrokosmus unseres Privatrechts zu schildern versuchen sollte, welches doch nur ein kleiner Spiegel zudem der größeren Ausgabe eines Rechts-Alls ist? Ist es nicht nach Windscheid seltsam, daß

Digitized by Google

ein einfacher Praktiker unserem vaterländischen Rechte nützen will? Würde dies bei unserem historischen Eingelebtsein nicht einem besseren Helden zustehen, als diesem Praktiker, einem Recken etwa, von welchem unsere Nibelungen singen würden: „Uns ist in alten maeren wunders vil geseit, von helden lobebaeren, von grozer arebeit"; und, damit wir Juristen nie die Textkritik vergessen, nach einer andern Handschrift: „von grozer kuonheit?" Warum nicht mindestens einem Professor? Warum sollte dann insbesondere gerade jetzt noch der Verf. sich dieser Arbeit unterziehen, auch noch gehemmt durch äußeres Leiden, zerrieben durch allzugroße Hingabe an seinen dereinst treu gehegten praktischen Beruf, und zum Danke dafür auch noch geschädigt durch den Fanatismus eines Parteigängers der fanatischen historischen Schule innerhalb der Praxis selbst: Werden darauf Feinde, werden darauf noch selbst Freunde Rücksicht nehmen können, daß dieser Praktiker wähnt, so allein unser vaterländisches Recht zu realer Wahrheit und Größe nach classischer Römerart geleiten zu können? So nur eine nationale Pflicht einzulösen? Ist nicht unsere Kritik ein stolzer Cäsar? Verlangt nicht eben auch sie, daß selbst der einfachste, alltäglichste Gladiator des Geistes, einmal auf die Arena gestellt, dann, auch selbst bei einem körperlichen Erliegen noch, der Oeffentlichkeit mit jener leichten, tändelnden Form entgegentrete: ave Caesar, morituri te salutant?

Aber wir haben ja die Gründe dieses Eintretens des Verf. schon im Vorworte berührt: Wäre doch ein besserer Jurist vorausgegangen! Unter den Todten ein Ihering, Wächter! Trotz allen Anregens: der Nothlage unserer Praxis und der Nothwendigkeit einer besseren lebenswahren Schule aber, trotz aller Aufforderung durch den Verf. — der Verf. hat es hieran seit einem Menschenalter, seit 1860 und 1865, nicht fehlen lassen (unten Ziff. 5) — hat bis jetzt kein einziger besserer Jurist zur Ablösung dieser moralischen Pflicht des Verf., zum offenen Eintreten für eine bessere realistische Methode unseres nationalen Rechtswissens sich bereit erklärt, als endlich im Jahre 1888 eben Ihering. Aber auch dieser hat zu diesem Zwecke leider, wie unser Vorwort zeigt, nur ein Testament hinterlassen! und uns alle nur mit den nämlichen Worten zu Erben desselben Zieles eingesetzt! Soll aber unsere Zeit so nicht ganz an der Möglichkeit einer besseren, wissenschaftlichen Grundlage wie Schule unseres Rechts verzweifeln, so wird sie am Ende doch verlangen, daß man die Möglichkeit einer solchen Schule auch als Praktiker nicht bloß verspreche und anrege, sondern daß man auch versuche, mit deren Ausführung zu beginnen! Und es scheint, daß auch noch aus einem Grunde in der That zuerst ein Praktiker in die, jetzt erst geöffnete Bresche wird treten und die offene, bereite Brust zuerst zum Zielobjekt für die hinter ihr lauernden Geschosse wird darbieten müssen. Denn unsere Doktrin ist — zur Zeit noch wenigstens — nicht wieder gewöhnt, wie die Römer etwa, primär rein empirisch dem positiven Leben, den Gewohnheiten

Digitized by Google

des Rechts und ihren Gesetzen, den Rechtsquellen, zu lauschen; unsere jetzige Doktrin ist vielleicht durch eine mehrhundertjährige Herrschaft aprioristischer Naturrechts- und historischer Schulen eines „vergangenen" Rechts dieses empirischen Denkens entwöhnt und jetzt nur schwer von Schrift und Urkunde allein, d. i. von der folgenden Idee abzubringen: daß nicht der vergangene Buchstabe, welchem z. B. allerdings im gemeinen römischen Recht ja in der That wenigstens eine fundata intentio zur Seite steht, sondern im Principe die Erforschung umgekehrt des positiven, quellenmäßigen Lebens des Rechts allein, der Uebungen, Gewohnheiten, Usancen, wenn man will eines Volksrechts, sobald es an den Quellen juristisch geprüft, unseres Volkes, seiner Verhältnisse, seiner inneren Ueberzeugungen und sein Begreifen (§ 2 II a), alles gezügelt durch die Regeln der Rechtsquellen, die allein berechtigte Methode zur Erfassung eines „gegebenen" Rechts ist. Der Jurist der historischen Schule wird dagegen, um geltendes Recht zu finden, noch immer primär nach dem vergangenen Rechte, nach seinem corpus juris ꝛc. greifen zu müssen wähnen, er würde vielleicht die übrigen Rechtsquellen vernachlässigen, während doch das Leben gilt, welches aus allen Quellen erquillt. Erst wenn sich die, so des empirischen Denkens jetzt ein Jahrhundert lang entwöhnte historische Doktrin wieder von der Autorität classischer Ulpiane an das pulsirende Leben des Rechts zurückgewöhnt und in dessen Erfassung so wieder eingelebt ist, wie etwa die, von der Autorität ihres überlieferten Galen ꝛc. jetzt an die Empirie des Lebens und Krankenbettes zurückgewöhnte Doktrin unserer Medicin, erst dann wird sie die empirisch induktiven Grundgesetze eines lebenden Rechts vielleicht weit besser, jedenfalls mit mehr Hilfsmitteln darstellen können, als jetzt die ersten Anfänge des Praktikers und Verf. — Ueberdies hat auch der Verf. schon im Jahre 1865 mit der Darlegung der Principien der Praxis begonnen. Eben dies verpflichtet ihn ja nothwendig zur Weiterführung. Zwar kann der damalige Inhalt auch jetzt noch mit Ihering in seinen entscheidenden Grundzügen aufrecht erhalten werden. Aber seitdem haben sich doch wieder die Verhältnisse, die Ueberzeugungen und das Begreifen (§ 2 IIa) bewegt, und der damalige Inhalt ist für die Gegenwart schon deshalb nicht mehr ausreichend. Und dann auch aus noch einem, schon erwähnten Grunde scheint für den Verf. eine bessere Begründung geboten. Damals durfte vom Verf., wie gesagt — in Uebereinstimmung mit einem, von Ihering später Jedermann öffentlich ertheilten Rathe (Ihering, Scherz und Ernst, 2. Aufl. S. 259 ff. cf. unten § 3 II C.) — ja selbst der bloße, damals noch verfehmte Name „praktisches" Recht noch gar nicht einmal in der, von der romantischen historischen Schule beherrschten Litteratur genannt werden! Der Verf. wäre, wenn er schon damals unter der Blüthezeit der Schule den Namen „praktische Schule" in einer ersten Auflage auf den Titel seiner Untersuchungen gesetzt hätte, moralisch unzweifelhaft in unserer theoretischen Litteratur in Stücke gerissen, verbrannt worden!

Digitized by Google

So weiß aber und erfuhr vielleicht bis heute ein Theil unserer Doktrin und Praxis noch gar nicht, daß der Verf. während der Dauer seines Lebens, seit 1860 und 1865 gerade für die Wahrheiten des nämlichen praktischen Rechts gerungen und eingetreten ist, für dessen Methode jetzt auch Ihering testamentarisch eintritt. Ja, daß selbst ein Ihering dies praktische Recht noch bis zuletzt, noch in seinem Briefe an Bismarck von 1888, wie im Vorworte bemerkt, nur mit einem „realistischen" Rechte umschreibt! Auch der Verf. vollends bedurfte ebendeshalb nicht blos damals um 1865 noch der gleichen Umschreibung: Erst in dieser vorliegenden zweiten Auflage seiner Studien durfte ja der wahre Zweck: das Streben nach einer Schule des lebenden und praktischen Rechts, auf den Titel geschrieben werden! Sondern er konnte ebendeshalb noch seine rein praktischen Untersuchungen von damals, statt offen an das praktische Recht und Präjudiz, auch nur an dritte, ganz zufällige und an sich mehr gleichgiltige Dinge anknüpfen; wie: an die Worte unseres Faust z. B.: „Vom Rechte, das mit uns geboren ist, von dem ist leider nie die Frage!" So daß auch selbst ein Recensent sich ja damals allen Ernstes wunderte, wie doch eine solche, bloße müßige Laune und Originalitätshascherei einen Schriftsteller, den Verf., veranlassen könne, zur Kurzweil etwa, mittels eines bloßen Spieles der Logik, den bei unserer Jurisprudenz ohnehin genug dressirten Geist — wohl vermeintlich ohne jeden praktischen Zweck und academisch — auch noch in weitere spanische Stiefel einzuschnüren: Diese Darstellung einer praktischen Schule wird also jetzt eine andere, zugleich offenere, weit greifbarere und reale werden müssen, als dazumal: Deshalb glaubte der Verf. sich selbst zu der Inangriffnahme des Studiums einer praktischen Schule veranlaßt, wie verpflichtet!

Und sollte sich irgend ein Jurist auch da noch durch dies nur opferreiche Eingreifen eines Praktikers im Interesse der hohen Sache unseres vaterländischen Rechts verletzt fühlen können, so steht für ihn gewiß ein weiterer, ausreichender Trost bereit, wenn ein solches solamen miserorum (juvatne socios habuisse malorum?) wirklich je einen Trost für ihn bieten könnte! Wir Praktiker nämlich dürfen mit der Lösung unserer Principien- und Schulfrage getrost beginnen; denn die Lösung wird von uns doch nicht auf einen ersten Wurf zu erreichen sein (§ 1 Zff. 6) und sofort durchgängig gelingen! Wir werden jetzt besten Falls mit der kleinsten Spitze, gleich der etwa eines Blitzableiters, den Anfang machen können: den ganzen großen übrigen mächtigen Bau dagegen werden noch immer andere auf sich nehmen müssen. Der Folgezeit also wird viel, noch sehr viel zu thun übrig bleiben, auch einer Doktrin, um die breiten Massen des Rechts endlich in den Strom seines realen Lebens zu lotsen; jede einzelne Neubildung der Praxis von der Art des § 2 I 2, zum Theil die Spitze eines jeden Systems und Lehrbuchs wie jede, jetzt durch Neubildungen beeinflußte bisherige historische Monographie wird einer Prüfung, eventuell einer Umarbeitung entgegensehen! Und dann, wie

Digitized by Google

viele Gebrechen und Mängel mögen diesem ersten Versuche und Gerüste eines materiellen „Schulbaues" unseres Rechts seitens des Verf. selbst, allen Ernstes und Scherzes ungeachtet, noch immer ankleben, welche der nächste Bearbeiter wird weit besser darstellen müssen! Solche Dinge werden, wie Rom, überhaupt nicht an einem Tage gebaut und bedürfen Jahrhunderte des Ausbaues! Man denke, statt an die Ermittlung der gegebenen Gesetze des Rechts, nur an die erste Ausbeutung einer gegebenen „lebenden" Elektrizität zu Telegraphen, Eisenbahnen ꝛc., an die Lehre irgend eines anderen „Lebens", z. B. der Physiologie des Menschen, an die Entwicklung einer organischen Chemie, an die Darstellung unseres gegebenen lebenden Rechts durch unsere erste, seit einem Jahrhundert angeregten gemeinsamen deutschen Civilgesetzgebung ꝛc. Wenn solche Dinge Zeit brauchen, so besteht vielleicht keine Veranlassung, den opferreichen, undankbaren ersten und auch noch gewiß unzureichenden Spatenstichen in den praktischen Boden unseres lebenden Rechts gram zu sein, um nach den Grundlagen einer Schule des Lebens des Rechts zu forschen! Die Entdeckung dieses bisher noch so dunklen Welttheiles: „lebendes, praktisches Recht" wird also auch künftighin noch viele und reiche Ausbeute gestatten für Jedermann!

Deshalb allein hat sich der Verf. „veranlaßt" gesehen, einen Versuch zur offenen Ermittlung zunächst der Schule unseres lebenden und praktischen Rechts jetzt in einer neuen Auflage auf den Titel der vorliegenden Untersuchungen zu setzen und denselben zu unternehmen!

* * *

II. Nun wird es aber vielleicht leichter sein, noch zu ersehen, was auch noch die weitere Ueberschrift dieser Einleitung speciell will, wenn sie eine Erforschung auch des **Lebens** unseres Rechts, oder wenn man will eine „Schule des Lebens" des Rechts, verlangt. — Wir haben nämlich schon erwähnt und werden noch näher ersehen: Alles geschichtlich positive Recht „lebt", weil ja „alle Geschichte selbst" nur Leben und Bewegung ist! Auch das geschichtliche „Recht" also lebt, gleich dem unwillkürlich gegebenen und sich entwickelnden Leben des Menschen, der Sitte, Sprache ꝛc. (§ 2 I—III), insoweit gleich etwa dem Volksrechte eines Beseler, und sein Leben und Gelten kann demzufolge wahr nur aus der Erfahrung eben dieses seines Lebens und seiner Gesetze ersehen, copirt werden (§ 1 Ziff. 4 I γ a). Dieselbe Erfahrung aber wird uns weiter zeigen, daß die formalen Gesetze und Schranken, wonach dieses Leben des Rechts sich regelt, die positiven Rechtsquellen sind (§ 5—7)! — Steht aber so fest, daß das geltende Recht wie eine Sitte, Sprache ꝛc. geschichtlich „lebt" und sich bewegt, ändert in festen Schranken, dann muß sich doch wohl hieraus für die Darstellung des Dogma dieses Rechts die erste entscheidende Consequenz ergeben: daß auch keine einzige Rechts-

Digitized by Google

wissenschaft oder Rechtsdarstellung wahr sein kann, welche nicht aus diesem geschichtlichen Leben, sich Bewegen wie seinen positiven Quellen selbst und unmittelbar schöpft und dies Leben copiert. Nicht also 1. das, auf bloße Vernunft allein, und so überhaupt nicht aus Geschichte schöpfende Naturrecht; nicht 2. die, aus einer gesammten stabilen „Vergangenheit", nicht aber aus dem, in der Gegenwart allein gegebenen, geschichtlichen „Leben" und Quellen der Gegenwart schöpfende, historische Schule, und ebenso 3. auch selbst nicht eine bloße Praxis oder Routine an sich, welche keinen anderen materiellen Grund für sich aufweisen kann, als momentane Geschichte, als: daß einmal so erkannt worden ist: keine lebende Rechtsquelle! — Diese drei Gegensätze oder denkbaren unlogischen Schulen also lösen sich so nur in eine einzige, tiefere positive Wahrheit und Einheit auf, daß materiell nur die Schule des jeweilig quellengemäß gegebenen „Lebens" des Rechts berechtigt ist, wie es den, erfahrungsgemäß geltenden positiven Rechtsquellen des Gesetzes, Gewohnheitsrechts 2c. entspricht, oder daß alles Recht aus jeder der drei denkbaren Rechtsschulen nur insoweit positiv ist, als es eben diesen strengen Voraussetzungen eines Lebens entspricht!

Daraus also ergibt sich, daß auch unser hier zu untersuchendes praktisches Recht an sich noch kein Recht und noch nicht die Grundlage einer Rechtsquelle wie einer Rechtsschule ist und sein kann; sondern nur, wenn und soweit es seinem tieferen Gesetze: diesem positiven „Leben" und seinen Rechtsquellen entspricht, daß auch dieses vielmehr für seine Aufzeichnung ein „Urbild" erfordert, welches es lediglich zu copieren und zu spiegeln hat! Deshalb konnte auch für unsere Untersuchung eine „Schule des praktischen Rechts" sowie jede andere geschichtliche oder naturrechtliche Schule allein nicht ausreichen, sondern diese alle können stets nur ein secundäres, nimmermehr ein primäres Rechtsgebilde sein, welches nur dann zugleich positiv oder berechtigt ist, wenn es dem primär maßgebenden jeweiligen Leben des Rechts und seinen Quellen: wenn es einer „Schule des Lebens des Rechts" entspricht. Deshalb erfordert unsere Ueberschrift eben neben der Erforschung einer Schule weiter auch noch die Erforschung des „Lebens" des praktischen Rechts und seiner Gesetze oder Schule! Dasselbe hat bereits in seinem „praktischen" Bedürfnisse der Rechtsform gegenüber der historischen Schule von 1865 der Verf. als eine Nothwendigkeit besonders betont. Dort ist schon erwähnt, daß in dieser Beziehung das praktische lebende Recht der classischen Römer wie selbst unseres eigenen germanischen Mittelalters, das materielle Recht weit exakter gefunden hat, als unsere historische Rechtsschule mit ihrer bloßen aprioristischen Phrase einer geschichtlichen „Vergangenheit". Denn auch schon das deutsche Mittelalter fordert in seinen Rechtsdarstellungen bis auf Kreitmair herab formal immer einen jeweiligen „Spiegel", somit eine Erfahrung des Lebens des Rechts: einen Sachsenspiegel, einen Schwabenspiegel, und wie die

Digitized by Google

sonstigen Specula juris, bis auf Kreitmair herab, alle heißen mögen! Und was könnte eben ein, sich bewegendes und entwickelndes, empirisch gegebenes Leben besser erfahrungsgemäß wiedergeben, als ein Spiegel, in welchem sich das Leben der Ahnen, unser eignes, wie der kommenden Enkel sammelt, und welcher doch nur immer ein jeweilig gegebenes, geschichtlich gegenwärtiges Leben zeigt? — — Deshalb das weitere Wort „Leben" in unserer Ueberschrift! — —

Nun aber die endliche Frage: „wie" zeigt und spiegelt sich uns Juristen in Praxis und Theorie dieses jeweilige „Leben" des Rechts so exakt und so faßbar, daß jeder urtheilende Richter wie jede darstellende Theorie dasselbe auch greifen und erfassen könnte? So daß wir uns nicht länger mit unsern bisherigen Rechtsschulen darauf allein angewiesen sehen müssen, unser Recht entweder mit der historischen Schule nur aus einem „vergangenen" Rechte, aus einem corpus juris, aus Urkunden ꝛc. allein, oder, mit unsern Naturrechtsschulen, ohne jede Urkunde aus unserer menschlichen „Vernunft" allein zu schöpfen! Nach Römerart wird sich so wohl auch die Methode unserer bisherigen deutschen Schule geradezu umkehren müssen! Während diese unsere Jurisprudenz zuerst nach dem vergangenen Rechte: dem corpus juris oder einem, noch so alten Rechtsbuche greift, welches das frühere Leben des Rechts fixiert, ohne nach den übrigen lebenden Rechtsquellen zu fragen, wird der positive Jurist nach Römerart gerade umgekehrt das thatsächliche „Leben": die Uebungen, Gewohnheiten, Usancen als die Grundlagen des Rechts beobachten und dann allerdings erst juristisch entscheiden müssen, ob dies thatsächliche Leben den Rechtsquellen, z. B. dem Gesetze entspricht, oder ob es Gewohnheitsrecht begründet, oder eventuell, ob es bei dem Mangel jeder geschichtlichen Rechtsquelle, jeden Gesetzes und Gewohnheitsrechts, den inneren Gründen einer natura sich uns entsprechend zeigt. — Dieser empirische oder induktive Weg zur Erfahrung und Spiegelung dieses positiven geschichtlichen „Lebens" des Rechts und seiner Rechtsquellen nun also wird uns zweierlei gebieten: 1. theils ein thatsächliches Erkennen, 2. theils ein rechtliches Beurteilen des jeweilig lebenden Rechts! Sehen wir noch näher, wie? —

1. Thatsächlich nämlich schon lebt, bewegt und bildet sich das geschichtliche und positive Recht überhaupt erfahrungsgemäß fort: a) bald mit den wechselnden thatsächlichen Verhältnissen, b) bald mit den fortschreitenden Ueberzeugungen eines jeden Volkes, c) bald mit dem fortschreitenden formalen Begreifen der Juristen (§ 2 II a). Dies alles ist die „thatsächliche" Grundlage für Rechtsbildungen in den Formen der Rechtsquellen. Namentlich aber die beiden ersten Umstände unter a und b werden uns diese eine thatsächliche Anschauung oder die Thatsachen des Lebens des Rechts und seiner sich bewegenden, ändernden Geschichte darbieten, welche wir zuerst real im Rechte zu erfassen haben werden. — Ein solches thatsächliches Erfassen nun dieses Urbildes des Rechts, seines „Lebens", ist beispielsweise zwar im Civil-

Digitized by Google

rechte auch mittelbar allerdings schon ermöglicht: durch Beobachtung zunächst der lebenden oder noch geltenden Gesetze und ihrer Consequenzen; durch Beobachtung der bereits früher erlassenen Urtheile, der Präcedenzfall- oder Präjudizienssammlungen, der Aufzeichnung der Usancen des Handelsrechts, wie im Mittelalter durch Beachtung der früheren Schöffensprüche und Weisthümer, in Rom der quaestio und des responsum. Gleichzeitig erfordert aber doch eine wahre Methode des Civilrechts von Zeit zu Zeit auch eine unmittelbare Beobachtung des Lebens, der Usancen, Rechtsübungen und des Gewohnheitsrechtes des ganzen Volkes (der Herrscher und der Beherrschten), eventuell ferner eine Beobachtung der von Savigny als Grundlage allen Rechts bezeichneten „allgemeinen Ueberzeugung" des Volkes jedenfalls als subsidiare Rechtsquelle eines Juristenrechts. — Im öffentlichen Rechte ist so das Erfassen des Lebens des Rechts ermöglicht: durch Beachtung der Verfassung, in der Uebung der Regierungen und der Parlamente als Grundlage eines Gewohnheitsrechts, eventuell der öffentlichen Meinung des gesammten Volkes als Volk und Herrscher vereint als Grundlage des Juristen-Naturrechts ꝛc. Und so in jedem Rechte! — In dieses blos thatsächliche Erfassen des Lebens des Rechts und seiner Bewegungen nun theilt sich in allgemeinen Rechtsfragen gleichmäßig der Rechtskundige wie selbst der Laie; z. B. als rechtsungelehrter Richter, als Handelsrichter, als franz. Friedensrichter, als württemberg'scher Schultheiß des 19. Jahrhunderts, als Volksrichter der schweizerischen Kantone, als englisch-amerikanischer Civilgeschworener, als mittelalterlicher Schöffe ꝛc.; in speciellen technischen ꝛc. Fragen dagegen überwiegt sogar dieser Laie als Sachverständiger in faktischer Beziehung. — Betrachten wir aber so das Civilrecht in seinem thatsächlichen Leben, so ist in allgemeinen Rechtsfragen nicht leicht schon ein gelehrter Jurist selbst als Richter oder Lehrer so abgeschlossen von aller Welt, daß nicht auch er allgemeine Bewegungen des Lebens des Rechts erfahren sollte. Z. B. daß heutzutage gewohnheitsrechtlich eine römische Sklaverei, die römischen Formalverträge, die stipulatio des Just. Rechts ꝛc. nicht mehr lebt, daß dagegen umgekehrt örtliche und zeitliche Aenderungen des Zinsfußes, Miethziele, Grundtheilungen, Alimentations-, Paternitäts-, Defllorationsklagen ꝛc. thatsächlich bei uns leben, welche das römische Recht noch nicht kannte: Das alles weiß und „erfährt" wohl heutzutage auch der, von der Welt noch so abgeschlossene Gelehrte ebenso, wie der rechtsungelehrte Handelsrichter, Friedensrichter, Schöffe, Geschworene. Je mehr das Recht sich aber in, nicht allgemeine, sondern concrete Rechtsverhältnisse verliert, desto mehr überwiegt die Kenntnis dieser bloßen Thatsachen, Uebungen ꝛc. des Rechts bei dem Laien und Sachverständigen vor der Kenntniß des gelehrten Juristen; so in Handelsrechtsfragen, auf rein technischen Gebieten der Industrie ꝛc.

2. All dies thatsächliche Erkennen des Lebens, der Uebungen ꝛc. des Rechtes nun aber durch Laien oder Juristen muß alsdann über-

Digitized by Google

dies zweitens dem ausschließlichen rechtlichen Beurtheilen des rechtsverständigen Juristen überwiesen werden, um aus ihm positives Recht zu finden: dem fortschreitenden „Begreifen" (§ 2 II a γ) also: des Anwaltes, praktischen Richters, des theoretischen Schriftstellers oder Lehrers 2c.; selbst auch diejenigen lebenden Gewohnheiten und Usancen, deren Bestehen thatsächlich der Laie und Sachverständige allein oder besser erfahren kann, erfordern juristisch, um eine vollendetere Rechtsprechung, als einen Schöffenspruch 2c. zu ermöglichen, eine Beurtheilung durch Rechtskundige eines ausgebildeteren Rechtssystems. Denn der Rechtskundige erst vermag alsdann dieses thatsächliche Material — materiell in das System einzureihen und mit technischen Begriffen zu versehen, zu definieren, mit welchen er erst gleichmäßig zu entscheiden und zu rechnen vermag, — formal aber das Zurechtbestehen dieses thatsächlichen Lebens danach zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Rechtsquellen gegeben, ob so dies thatsächliche Leben zugleich das positive (berechtigte) Leben eines Rechtes zeigt, ob diese Thatsachen nämlich: entweder einem Gesetze, oder einem Gewohnheitsrechte oder subsidiär inneren Gründen des Rechts entsprechen und so juristisch berechtigt sind?

Durch eine solche, dem Leben des Rechts gerecht werdende Jurisprudenz muß sich das Rechtsleben des Volkes heben; diese muß den Verkehr, Handel und Industrie 2c. fördern, soweit nicht andere Hemmnisse in Mitte treten, so daß das Recht selbst nicht etwa noch ein weiteres Hemmnis bereitet! So muß vor allem das positive Recht erst das „thatsächliche" Leben des „Rechts" untersuchen, beherrschen und dasselbe nach dem beiderseitigen Leben der Thatsachen und des Rechts für eine Rechtsdarstellung spiegeln. Erst aber wenn der Inhalt der thatsächlichen Uebungen, Gewohnheiten, Usancen auch die „rechtliche" Probe besteht und den lebenden Begriffen des Rechts und seiner Quellen: eines noch gegebenen Gesetzes, eines lebenden Gewohnheitsrechtes, subsidiär lebenden inneren Rechtsgründen entspricht, ist eben ein wahres positives Recht gegeben, nicht aber unbedingt schon, wenn er der bloßen subjektiven Vernunft des Naturrechts und der bloßen gesammten Vergangenheit der Urkunde der historischen Schule entspricht. Hier und so dürfte sich dem Historiker des Rechts der gesammten „Vergangenheit" eben möglicherweise praktisch eine neue Welt des Rechtes zeigen, welche er mit seiner überlieferten Lehre und Urkunde nicht mehr bemeistern kann, weil diese ein adjuvare, supplere und corrigere des Vergangenen bedürfen wird, wie jedes lebende und praktische Recht, um auch geschichtlich lebendes Recht zu zeigen! — Aehnlich verhält es sich alsdann auch wohl auf legislativem Gebiete. Auch selbst das Gesetz muß ja dem wirklich gegebenen „Leben" des Rechts, welches er fixieren will: den thatsächlich lebenden Verhältnissen, den lebenden Ueberzeugungen, dem juristischen Begreifen der Gegenwart entsprechen! Denn eine lex lata, welche einer dieser Grundlagen des Lebens des Rechts nicht entspricht, ist zwar dann immerhin noch

Digitized by Google

positives Recht und Gesetz; sie ist aber dann nicht lebenswahr, sie stört, bedrückt die Rechtsuntergebenen als Gesetz auf dem Papier in ihrem Rechtsleben, und wird alsdann nur solange gelten, als sie, — in höchst vereinzelten Fällen durch höhere Sittengesetze, im übrigen aber zumeist — durch ein sich neuerdings bildendes Gewohnheitsrecht, sobald das Rechtsleben verständig entfesselt ist, oder endlich durch neueres Gesetz wieder beseitigt wird. Ueber das einzelne nähere Wirken dieser lebenden Rechtsquellen unten; (§ 5—7 mit § 6 II b, § 7 A 4).

Eine Geschichte des Erkennens des Lebens des Rechts nun würde die Art dieses erfahrungsgemäßen oder empirischen Geltens und Herrschens gerade eines geschichtlichen „Lebens" des Rechts, an Stelle eines Herrschens einer bloßen „Vernunft" des Naturrechts und einer bloßen „gesammten Vergangenheit" wie der Urkunde der historischen Rechtsschule, thatsächlich wohl vom Anbeginne einer Welt bewahrheiten können. — Aber auch theoretisch ist das Erkennen dieses „Lebens" des Rechts keineswegs neu, sondern in der Geschichte längst dagewesen und erfaßt, nur nicht stets auch praktisch geübt, und dann auch noch nicht in allen seinen Grundprincipien des § 1 Ziff. 5 III a. E. und § 6 erfaßt. —

Formal schon zeigt ja die Geschichte wissenschaftlich ein theoretisches Erfassen einer Empirie oder einer wissenschaftlichen Erfahrung (einer Wissenschaft, welche a posteriori oder analytisch und zugleich induktiv forscht, an Stelle einer aprioristischen Wissenschaft, welche nur aus Vernunft a priori, deduktiv oder synthetisch vorgeht), im Allgemeinen seit Baco (von Verulam). Sie ist seitdem theoretisches Gemeingut der Methode der Wissenschaft überhaupt geworden und wird auch im Rechte unter verschiedenem Namen theoretisch gelehrt. So will wenigstens auch Savigny einem Baco folgen, und ist u. a. das Recht der „Wissenschaft" von Puchta (Pand. § 16), die Construktion Gerber's und Ihering's ꝛc. eine, wohl zumeist empirische. — Thatsächlich hat diese empirisch-wissenschaftliche Methode ohnehin ferner geschichtlich von jeher nicht blos die Jurisprudenz der Römer, sondern auch unsere eigene Praxis früher wie jetzt, zum Theil unterstützt von unserer Theorie, im Einzelnen dessenungeachtet geübt, wenn auch die historische Schule mit ihrem Principe der Geltung eines „vergangenen" Rechts der Ausführung oft wieder entgegenstand. Ein Beispiel! So schon früher, wenn die Praxis von unten auf aus dem einen Falle des Richters der Carolina art. 20 u. 21, welcher unberechtigt foltert, eine generelle lebende Schmerzengeldklage — oder ganz neuerdings, wenn auf die Wiederanregung des Verf. auf Grund einzelner gesetzlicher und gewohnheitsrechtlicher Fälle dieselbe Praxis und dann auch unsere Theorie das, durch Savigny sogar aus der Praxis selbst eine Zeit lang ganz verdrängte, praktische Besitzrecht des Detentor — generell wieder als lebendes Recht gegeben erachtete (cf. § 2 IV II mit § 5). In eben diesen beiden Fällen beispielsweise hat auch unsere

Digitized by Google

Theorie schon dies empirische Vorgehen der Praxis gebilligt. Und ebenso in weiteren Fällen.

Nur um hier indessen Mißverständnisse zu beseitigen, können wir sofort beifügen, daß das formale, empirische Verfahren unserer Praxis und Theorie auch dann ein, von unten ausgehendes, empirisches oder erfahrungsgemäßes verbleibt, wenn späterhin zur Induktion, welche empirisch von den einzelnen geschichtlich gegebenen Fällen ausgegangen ist, formal auch eine Deduktion weiterer Fälle aus diesem empirisch gewonnenen Principe hinzutritt. Insoweit kann man mit Grund von der Zulässigkeit der Verbindung einer induktiven mit einer deduktiven Methode sprechen! Ein Beispiel. Eine positive Empirie wird, formal vom einzelnen positiv und geschichtlich gegebenen Falle, wie: von dem unberechtigten Schmerzzufügen des Richters der Carolina, ausgehend, zunächst das Zurechtbestehen dieses einen casuistischen Rechtssatzes, dann von unten weiterschreitend mittels Erschließung (Abstraktion) von Principien das Zurechtbestehen eines ganzen Principes und Institutes des Schmerzengeldes, dann möglicherweise die einschlägigen Principien des lebenden Rechtssystems, und schließlich auch das oberste leitende Grundprincip der ganzen positiven Rechtsschule (ob Naturrechtsphilosophie, Vergangenheit der historischen Doktrin, oder positives quellenmäßiges Leben des praktischen Rechts gilt), entscheiden und ermitteln können. Ist aber so empirisch oder induktiv der ganze positive Bau des Rechts von unten aus aufgebaut und geordnet, dann allerdings können wir folgerecht auch wieder umgekehrt zurückschließen und mit dem gewonnenen Resultat auch wieder das sonstig gegebene Recht, neu auftauchende Fälle dieser Institute, systematisch ordnen: z. B. aussprechen, daß unter das Princip der, durch das Schmerzengeld erweiterten Aquilia jetzt auch die Geldentschädigung wegen Verlöbnisbruch, Defloration (Kranzgeld), unter die Casuistik eines Institutes des Schmerzengeldes aber wieder speciell auch alle weiteren casuistischen Fälle eines dolosen und culposen ꝛc. Schmerzzufügens außer dem unberechtigten Foltern fallen, deren Berechtigung in allen einzelnen Fällen vielleicht niemals geschichtlich, gewohnheitsrechtlich ꝛc. nachzuweisen wäre! Hier tritt allerdings neben die empirische Induktion auch eine a priori ausgehende Deduktion. Aber diese Deduktion setzt doch stets voraus, daß der Bau des Rechts zuvor bereits empirisch und induktiv vollendet und fertig feststeht. Und auch diese Deduktion ist so im Grunde nur die Anwendung einer Empirie.

Dies das „formale" Erfassen des Lebens des Civilrechts mittels einer Empirie. — Aber auch materiell ist das theoretische Erfassen des erfahrungsgemäßen Gegebenseins und Geltens eines Lebens unseres geschichtlichen und positiven Rechts geschichtlich keineswegs ein neues, wenn auch die spätere Zeit, insbesondere die historische Schule, wie gesagt, die Gesetze dieses materiellen „Lebens" nicht mehr unmittelbar und praktisch auszunützen verstand, eben weil sie auf das „vergangene" Recht zurückfiel!

Digitized by Google

Mit ausdrücklichen Worten, nicht blos stillschweigend und concludent mit unsrer heutigen bisherigen Praxis, scheinen uns schon die Römer zu sagen, daß sie ihr positives Recht unmittelbar aus einem „Leben" schöpfen wollen: nicht also aus dem Buchstaben der Lehre oder der Urkunde einer vergangenen Geschichte einer historischen Schule und trotzdem auch nicht aus einem Naturrechte — ihrer natura — allein; einfach, weil ja auch ein Leben und eine lebende Geschichte weder Geschichte der Vergangenheit noch Naturrecht allein ist! Die Stellen des römischen Rechts nun, welche dies ausdrücklich aussprechen, betreffen theils die römische „Praxis", theils die römische Regel oder ihre „Theorie". — Weniger ersichtlich besagen dies die Römer noch von ihrer Praxis oder ihrem Urtheile: dem heutigen Präjudize. Ein Ulpian (l. 8 § 4 D. si serv. 8, 5) beispielsweise besagt von diesem treffend: per sententiam non debet (jus, hier servitus) constitui, sed »quod est« declarari. Hieraus schon ergibt sich, daß auch diese Römer das Präjudiz und die Praxis nicht selbst schon als die primäre Rechtsquelle und Rechtsschule erachteten, sondern daß sie erkannten, es sei noch hinter dieser secundären Praxis erst das Recht: das Urbild, die eigentlich und primär maßgebende Rechtsquelle und Schule zu suchen. Was ist wieder aber die Quelle dieses jus quod est? Ist dies wirklich ein „lebendes" Recht, oder ist es vielleicht doch blos die geschriebene, „historische" Regel, also der bloße Buchstabe eines geschichtlich vergangenen, überlieferten Rechts, gleich dem, der historischen Schule? Dieses jus, quod est nun klärt uns erst Paulus in einer, in der Neuzeit vielbesprochenen Stelle vollständiger auf, welche als Motto auch über unsere Vorworte steht: Seinen Ausspruch setzen die Just. Compilatoren gleichfalls sogar an die Spitze des Digestentitels de regulis juris (50, 17), oder der Grundsätze ihrer Doktrin; derselbe lautet wie folgt: Regula est — non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, »quod est«, »regula fiat«. Von dieser Regel sagt Paulus l. c. weiter: quae, simul cum in aliquo vitiata est, »perdit« officium suum; sie ist falsch, wenn das Recht nicht mehr ein jus ist, quod est. Der römische Jurist besagt damit ausdrücklich weiter, daß auch die geschriebene regula, die Lehre (die Urkunde unserer historischen Schule), nichtsdestoweniger nicht das Entscheidende ist; sondern daß diese Lehre oder Regel des geschriebenen Rechts und die Urkunde selbst erst aus einem jus, quod est zu bilden ist: Was aber ist eben dies für ein Recht? Aus dem Gegensatze, daß auch selbst gegenüber der geschriebenen »regula« ein »jus, quod est«, bestehe, aus welchem dies geschriebene Recht erst zu bilden ist, nicht umgekehrt, folgt wohl mit Evidenz, daß auch schon nach der Anschauung der Römer das primär maßgebende Recht nur ein ungeschriebenes Recht, also wohl ein „Leben" des Rechts gewesen sein konnte; von ihm somit sollte nach diesen beiden Sätzen alles geschriebene Recht, sowohl einerseits das Präjudiz (oder Urtheil) der „Praxis", die sententia, wie anderseits die regula einer „Doktrin" nur die Copie, der Spiegel, das

Digitized by Google

declarare sein! So ergibt sich, daß wohl auch schon die Römer „erkannten", daß das Recht materiell lebt und deshalb auch materiell aus diesem seinen positiven „Leben" zu schöpfen sei!

Eben diese empirische Auffassung aber, eben dieses Gelten eines „Lebens" des Rechts (welches wir consequent nothwendig nur aus einer eignen Anschauung oder Erfahrung, nicht durch das medium einer schildernden Regel der Vergangenheit werden verlässig ersehen können), lehrt nun ja auch merkwürdiger Weise an sich bereits, wie erwähnt — die Prämisse der historischen Schule Savigny's selbst — in ihrer vollen Wahrheit! Leider aber nur die Prämisse, ohne noch die Anwendung derselben zu verstehen, wie die Praxis, wie die Römer; ohne also aus dieser Prämisse: das Recht lebt, auch die praktisch allein mögliche Consequenz zu ziehen: wenn das Recht lebt, so kann dasselbe doch nur aus diesem seinem gegebenen Leben selbst und seinen Quellen u. zw. unmittelbar erfaßt werden, nicht aus der „Vergangenheit". — Savigny nämlich selbst vergleicht einmal, wie schon erwähnt, thatsächlich bereits das Gelten oder Herrschen des Rechts mit dem Leben oder Herrschen einer Sitte, Sprache, Verfassung, wie mit dem, sich bewegenden, ändernden, in einer concreten Gestalt entstehenden wie endenden Leben des Menschen selbst. Und zweitens erkennt derselbe auch schon theoretisch, direkt mit ausdrücklichen Worten an, daß das Recht „lebt", sich bewegt und ändert (§ 2 IIIa). Nur leider, wie gesagt, die praktische, allein mögliche und nothwendige Consequenz hieraus hat Savigny nicht — weder theoretisch noch praktisch — zu ziehen vermocht. So ist aber auch unser theoretisches Erfassen der positiven Wahrheit, daß das geschichtlich und positiv lebende Recht materiell aus diesem Leben selbst zu ersehen ist, keine neue Theorie!

Somit werden wir die Veranlassung zur Genüge ersehen, warum unsere Ueberschrift neben einer „Schule" des praktischen Rechts auch noch weiter die Erforschung des anerkannten „Lebens" dieses Rechts oder, wenn man will, eine „Schule des Lebens des Rechts" fordert; weil dieses geschichtliche jeweilige „Leben" des Rechts eben und seiner Quellen allein die tiefere, positive Grundlage der Berechtigung, das Urbild allen Rechtes ist: des praktischen wie eines jeden andern! Das positive Recht sei demgemäß auch uns nur der „Spiegel" des, in den formellen Schranken der positiven Rechtsquellen sich bewegenden Lebens unseres Rechts! In diesem Spiegel also haben schon unsere Ahnen vielleicht vom Anbeginne der Welt, bald bewußt, bald unbewußt die Entwicklung ihres Rechts beschaut. In ihm sehen wir wieder sich das Leben unseres Rechts bewegen und aus ihm werden unsere Enkel und Urenkel wieder die Bewegungen ihres Rechtes wahrnehmen. Der Spiegel ist immer der gleiche: die in ihm aufgesogenen und reflektierten Bilder aber bewegen, ändern sich für uns Menschen ewig. Insoweit ist auch das Leben des Rechts Fluß, wie die Gleichnisse des Lebens des Menschen, der Sitte, Sprache, Verfassung!

Digitized by Google

2. Ob gegen den Strom? — Eine lebensvollere, dem praktischen Rechte günstigere Anschauung begann bereits zu dämmern, als der Verf. seine ersten Untersuchungen gegenüber der antiquarischen historischen Schule um 1860 und 1865 begann. Denn die im Vorworte erwähnten ersten Etappen einer Uebergangsjurisprudenz waren ja bereits großentheils zurückgelegt! Aber das Gros unserer Theorie hatte noch nicht den, in § 3 zu schildernden Rubikon von einer historischen zu einer praktischen Schule mit unserer unbewußten Praxis überschritten, von welchem es keine Rückkehr zur historisch antiquarischen Schule mehr gibt, und man durfte in der Litteratur noch immer vorsichtig sein, wie auch Ihering rieth, noch immer selbst den Namen „praktisches Recht" noch nicht nennen! So ahnten aber die Praktiker, welche die, vermeintlich rein theoretischen! Schriften des Verf. noch nicht aufmerksamer lasen, gar nicht, daß hier ein Eintreten gerade für ihr eigentlich nationales „praktisches" Recht vorlag; sie befürchteten, daß die Schriften des Verf. die herrschende Doktrin nur wieder einmal mit rein theoretischen Gründen bekämpfen: Sie befürchteten neben allzuviel bisheriger Theorie noch eine neue Theorie! Um jene Zeit und später noch sind ebendeshalb dem Verf. fortwährend von hochverehrten persönlichen Gönnern, wie von werthen, lebenserfahrenen Freunden der Praxis, völlig gleichlautend, dankenswertheste Warnungsrufe an das Ohr gedrungen: „Warum er doch gegen den Strom zu schwimmen gedenke"? In anderer, gleich dankenswerther und edler Weise haben ihn selbst auch treffliche Juristen aus der Mitte unserer Doktrin selbst gewarnt! (§ 3 IV 1). — Fordert dies aber jetzt nicht wenigstens eine Selbstkritik und den Versuch einer Rechtfertigung dahin: War die, zuletzt gegen eine praktische Wirklichkeit mit nur theilweisem Rechte anstürmende historische Rechtsschule, gegen deren Extrem der kleine Kahn des Verf. allerdings seit Jahrzehnten ausdauernd angekämpft, denn wirklich „der Strom?" oder nicht vielleicht nur eine bloße vorübergehende, widrige „Strömung", von mächtigen Sturmeswinden erst künstlich erregt? Das wird unsere Geschichte des praktischen Rechts zu zeigen haben. — Freilich ist es ja aber im Effekte völlig gleich und gleich gefährdend, ob dieser kleine Kahn des Verf. damals gegen den mächtigen Strom des Lebens, oder ob er nur gegen eine gleich mächtige, von Stürmen wilderregte, gepeitschte Strömung ankämpfte! Und unter allen Umständen findet sich ebendeshalb der Verf. verpflichtet, hier seinen warnenden Gönnern und Freunden für diese Warnungsrufe eine alte Dankesschuld endlich aufrichtigst abzutragen! Aber doch, mußte nicht bei solchen conträren Strömungen endlich vor allem constatiert werden: Welches ist der reale Strom des Lebens und der Praxis, welches nur widrige aprioristische „Strömungen"?

Wir werden nämlich ersehen, wie es ja schon in früheren verflossenen Jahrhunderten seit Hugo Grotius den Anschein hatte, als ob unser Recht a priori nicht mehr an seinen legal gegebenen Strom



Digitized by Google

— an des Stromes Bette — gebunden sein wollte. Verfrühte, ungehemmte Zephyre eines Naturrechts hatten damals ja den, seit mehr als einem Jahrtausende, seit den Zeiten der classischen Römer in einem Wintereise erstarrten Weltstrom unseres beweglichen flüssigen Rechts mit einem Mal geschmolzen und wieder zu einer von neuem sichtbaren, leider nur aprioristisch und künstlich hervorgerufenen Bewegung zurückgeführt. — Das war ja eine, in der That außergewöhnliche, an Hoffnung und Illusion reiche Zeit! Es entstand da ein Bersten der Fugen des Eises und ein Tosen auf dem Strome des Lebens: das 1000jährige Eis des Rechts war wieder gebrochen! — Die Bewegung aber kannte da keine, dem Strom gesetzten Grenzen mehr! Majestätisch, kaum zum Wiedererkennen, gleich einer beginnenden Sintfluth, schien die Hochfluth über Hügel und Thal dahinzubrausen, aber: zugleich in ihren gähnenden Wirbeln Hütten wie Paläste verschlingen und mit sich fortreißen zu wollen: Es war das die Zeit der Revolutionen nach vorwärts bis zur französischen Revolution!

Dieser einen künstlich erregten Strömung nun freilich durfte der kleine Kahn des Verf. noch nicht folgen, welcher die gegebenen Lasten und Güter des realen Lebens sicher zum Ziele steuern wollte; er konnte entweder selbst an den Eisschollen zerschellen, oder aus dem wahren Bette des Stromes gelockt beim Zurückweichen des Stromes in sein früheres geordnetes Bette trocken auf dem Lande und Boden liegen bleiben, welcher nimmermehr dem Strome des Lebens zugehört, ohne je sein τέλος zu erreichen! Leicht war es aber noch, dieser ersten Gefahr auszuweichen! Denn Savigny's Schule hatte sie ja bereits überwunden, hatte längst zur Genüge auf die ersten Gefahren eben dieser einen künstlichen Strömung aufmerksam gemacht!

Aber wer ahnte damals noch, daß der Warnende, selbst von einer Panik erfaßt, selbst von aprioristischen Phantomen mißleitet, die Stromfahrt gefährde? Der gefährdenden Aktion nämlich des extremen Naturrechts war ja eben damals nur eine, unter Umständen nicht minder gefährdende, künstliche Reaktion einer historischen Schule des vergangenen Rechts gefolgt: Revolutionen nach rückwärts nur folgten denen nach vorwärts! Jene ebenerwähnte Frühlingsluft eines überströmenden Naturrechts nämlich hatten vielleicht anderseits die Eismassen des hohen Nordens gelöst. Die Kälte der, die Temperatur wieder zurückdrängenden, aus der Vergangenheit gegebenen Eisberge rang aber jetzt mit den Zephyren des Südens um eine Weltherrschaft! Wieder entstanden jetzt jene furchtbaren neuen Gewitterstürme. Mittels den Flügeln einer Windsbraut schien der Orkan jetzt den lebenden Strom in romantischer Anwandlung, wie mit rasender Liebesgluth zu umarmen und wieder zurückbannen zu wollen: zu den Quellen seiner Entstehung und zur gesammten Vergangenheit! Was sollte aus diesem neuen Ringen und Rasen werden? Konnte der bereits gewordene Weltstrom zu seinem bescheidenen Quell zurückkehren? Wieder sahen wir deshalb den Strom über sein legales

Digitized by Google

Bett gejagt, wie zuvor! Wieder schien eine Hochfluth alles Leben ringsum von neuem ersticken zu wollen, auch wieder das berechtigte Leben, Sprossen und Keimen, welches seitdem die Zephyre des Frühlings bereits an festem Ufergrunde nach der ersten Hochfluth legal hervorzuzaubern begannen, und manches andere! Wir haben diese zweite aprioristische, künstliche Hochfluth alle selbst noch erlebt; das war noch in unserem Jahrhundert: sie war die historische Rechtsschule mit ihrem vergangenen Rechte!

Auch dieser zweiten künstlichen Orkanströmung nach rückwärts durfte also wieder unsere Praxis nicht folgen und eben mit ihr nicht: der kleine Kahn des Verfassers! Dieser unmöglichen Reaktion jetzt ebensowenig wie dereinst der überschwänglichen Aktion des Naturrechts! Das Ziel des Kahnes mußte sein mit der Praxis: dem legalen Laufe des Stroms der Weltordnung im regelmäßigen geordneten Bette des Lebens, welches ein Höherer geordnet, zu gehorchen und so dem nationalen Strome allmälig zu seinem internationalen Weltmeere und einem Weltrechte, zu seiner neuen Entwicklung zu folgen, ähnlich jenem römischen Weltrechte, ohne deshalb jemals den nationalen lebenden Strom mit seinem Meere zu verwechseln und demselben untreu zu werden! Denn der Strom führte ja nur zu einem internationalen Meere, welches die Culturvölker verbindet, ohne daß deshalb die nationalen Binnengewässer des einzelnen Volkes je aufhören werden, den Binnenverkehr allein zu vermitteln und allein unsere nationalen Ströme zu verbleiben!

Freilich war zweifellos auch diese Fahrt der Praxis und des kleinen Kahnes eben auch während dieser zweiten, sturmerregten Strömung dieser historisch-romantischen Reaktion nicht minder gefahrdrohend! Während fast alle Fahrzeuge unserer Doktrin nach rückwärts verschlagen wurden, als ob die Reaktion des brausenden Sturmwindes der wirkliche Strom des Lebens wäre, galt es, für den kleinen Kahn des Praktikers jetzt auf felsenfestem, gegebenen Untergrunde öffentlich seine Anker zu werfen, dann unentwegt die grausen, von Orkanen gepeitschten Fluthen zu theilen, und nur hie und da zu guter Stunde langsam vorwärts zu bringen: damals eben mußten beobachtende Freunde öfters den Eindruck gewinnen, als ob der kleine Kahn des Verfassers allein „gegen den Strom" zu schwimmen sich vermesse, oder auch, daß der Kahn selbst nach rückwärts entrinne! Aber eben auch dies war ja nur eine beklagenswerthe widrige „Zeitenströmung" auf der Oberfläche, wie dereinst die des Naturrechts, nicht das Leben des tieferen Stromes! Hörte man doch deutlich noch immer das Rauschen des normalen, lebenden Stromes unter dem kleinen Kahne in sturmfreien Momenten, und nahm man wahr, wie auch der unbedeutende Kahn hie und da sich trotzdem nach vorwärts bewegen konnte. Freilich zeigte es sich hie und da auch, daß eben auch dieser kleine, unbedeutende Kahn zeitweise, seiner Richtung nach, sich nach rückwärts bewegte. Z. B. damals, als der, doch dem Leben nachgehende Verfasser um-



Digitized by Google

gekehrt seine Grundlagen einer Geschichte der vergangenen, antiken römischen possessio zu schreiben genöthigt war, während er als Praktiker doch immer das lebende Recht erstrebt: Und doch war auch dies kein Abirren vom Ziele, kein Abirren nach rückwärts; sondern nur ein Verfolgen der Krümmungen und Windungen des Stromes selbst nach rückwärts; welche den Kahn so gleichfalls scheinbar nach rückwärts, einer Vergangenheit zuzuführen schienen: Es war dies nur ein Durchfahren — der Rückwärtsbewegungen oder Negativen des Stromes selbst, — welcher selbst nur durch Windungen nach rückwärts zum Ziele gelangt. Trotzdem bewirkte dies aber ein Fortschreiten; es war nothwendig und sollte dann der Oeffentlichkeit nur zeigen, wie der wahre Strom auf seinem eigenen Rückwärtsbewegen zu einem Rechte der römischen possessio der antiken „Vergangenheit" gleichfalls nimmermehr zu einem heutigen Ziele eines lebenden Besitzrechts gelangen konnte (§ 2 IV, II), daß auch hier eine feste Grenze des wahren Stromes nach rückwärts bestehe, obgleich sich doch scheinbar der Strom selbst wenden wollte, und daß er alsbald trotzdem wieder seine gemessene, geschichtlich gebotene Fahrt nach vorwärts fortsetzen müsse, um „zum Ziele" zu gelangen. Freilich war dies noch nicht alles! Freilich war auch sonst noch die Fahrt unruhig und gefährdend und galt es hie und da ein verzweifeltes Ringen, wenn Wirbel den Kahn zu erfassen, zu drehen und in den Grund zu bohren suchten. Freilich barg auch der heimische Strom des Rechtes, gleich unserem Vater Rhein, noch seine Sphinx und Loreley. (Z. B. § 3 II C, § 4 D IV). Und es ist ja möglich, daß eine ähnliche Loreley, die Ideale der dienstlichen Pflichttreue heuchelnd, zu welchen der Verfasser während seiner ganzen Fahrt unverwandt emporgeschaut, während jene böswillig unten unsichtbare Klippen in den Strom versenkte, den Kahn des Verfassers zerschellte, bis sie ein Fortkommen auf dem aktiven Strome trotz aller treuesten Arbeit und Opferwilligkeit infolge eines körperlichen Leidens unmöglich machte; daß der, an Jahren vorschreitende Verfasser alsdann nicht mehr versuchte, wie früher mit Schiller's Taucher, in so manchen unergründlich scheinenden Schlund zu tauchen, wie damals etwa, als er versuchte das Wesen der römischen possessio und der eigenen nationalen Detention (§ 2 IV, II) herauszuholen und dem Leser in vollem Becher zu kredenzen; daß er nicht mehr, wie dereinst als junger Hydriot, das Wasser lachend auseinanderblies, um sich am Lande wieder einen neuen Kahn zur weiteren Strom- und endlich zur Meeresfahrt zu zimmern; sondern daß er es vorzog, an das Ufer zu schwimmen, und sich seinen Altsitz zu bereiten, um dort unbekümmert um äußere Ehren und doch noch im Dienste einer Pflege des wissenschaftlichen, wahren Rechts unseres Vaterlandes den mächtigen Strom persönlich unbetheiligt an sich vorüberrauschen zu lassen, um dann zu versuchen, in diesen vorliegenden Zeilen die theoretisch noch unbekannten Regeln und Gesetze der Fahrt auf dem wahren Strome des Lebens des Rechts, die Methode des Fortschreitens für unsere

Digitized by Google

juristische Jugend, niederzuschreiben und die eigenen erlebten Aventiuren zu schildern! — —

Aber keinen Augenblick glaubt der Verf. (nach seiner, von der historischen Lehre noch reaktionär beeinflußten Erstlingsschrift über das Schmerzengeld), sobald ihm die Gesetze des Lebens des Rechts mehr und mehr zu Bewußtsein gekommen waren, doch selbst von diesem Strom des „Lebens" fernerhin mehr abgewichen zu sein. Er glaubt sich vielleicht das eine Verdienst zuschreiben zu dürfen, daß sein kleiner Kahn trotz Sturm und Graus einzelne, kostbare Lasten des lebenden vaterländischen Rechts an einen sicheren Bestimmungsort, an das Ziel gefördert, gerettet: so z. B. eben vielleicht das lebende, positive „Besitzrecht des bloßen Detentor ohne animus domini," welches praktisch wichtig (§ 4 a. A.), welches innerhalb des gemeinen Rechts der Verf in seiner Unabhängigkeit von der antiken römischen Vergangenheit (§ 2 IV II) zuerst wieder an das Tageslicht zu ziehen versucht, und welches, — thatsächlich wenigstens, als vermeintliche Erweiterung der römischen possessio, — seitdem auch bereits das Reichsgericht, die übrige Praxis, die deutschen Gesetzbuchsentwürfe und die besten Juristen unserer Doktrin wieder adoptierten. Ebenso vielleicht seine rein praktische Construktion der „nicht eingetragenen Genossenschaft" nach der Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts, die Andeutung des Zieles der Praxis überhaupt von 1865 ꝛc. So glaubt der Verf. schon bisher die Stromfahrt auf dem seither theoretisch noch ungekannten „Strome" des Lebens und der Praxis selbst, der falschen, oberflächlichen, aprioristischen „Strömungen" unserer wechselnden doktrinären Schulen ungeachtet, schon einigermaßen gefördert, so manche vermeintliche Untiefe ausgefüllt und so manch starrendes, Verderben drohendes Riff beseitigt zu haben, an welchem bisher so mancher Kahn zerschellt! Und, wenn so auch des Verfassers, mit ungemein geringen Mitteln ausgestatteter Kahn bei widrigen Winden von allen Seiten, von Theorie und Praxis her, das ersehnte Ziel des Weltstromes und Meeres, eines Rechts, gleich dem dereinst classischen römischen Weltrechte, nicht selbst erreichen wird: die Kraft unserer Nation wird auch nach ihm noch tausend andere, neue Kähne entsenden. Ihnen wird dereinst die Stromfahrt bis zum Endziele gelingen! Ihr Ruf wird dereinst über die Lande schallen, wie Xenophon's: „θάλαττα"! Ihnen, den kommenden Stromfahrern, der deutschen Jugend, seien diese Zeilen, dies „Glückauf" gewidmet! Mögen sie, dereinst an das gewollte Ziel gelangt, alsdann, im Besitze eines großen und wahren Rechts unserer Nation, welches dem jeweiligen erströmenden Rechtsleben einer jeweiligen Culturwelt, gleich dem dereinst classischen römischen Rechte entspricht, sich noch des Schiffers im kleinen Kahne erinnern, welcher ihnen zuerst die Bahn auf dem Strome des Lebens zu bereiten versuchte!

So ähnlich will also jetzt der Verf. seinen hochverehrten Gönnern und Freunden für ihre dankenswertheften Mahnrufe seinen innigsten Dank abstatten, und ihnen nebenbei schildern, wie sein kleiner Kahn

Digitized by Google

nie gegen den wahren, vielleicht für uns Menschen ewigen „Strom des Lebens und der Praxis geschwommen", sondern an ihm treu und unentwegt festhaltend, nur gegen rasende, übermächtige, künstliche, aprioristische „Strömungen" gekämpft!

3. Die Opportunität dieser Untersuchungen. — Eine neue, längstersehnte einheitliche Civilgesetzgebung pocht in Deutschland an die Thüre des Reiches! Ist aber nach deren Erlasse eine Untersuchung über das Wesen und der Berechtigung gerade eines praktischen Rechts noch am Platze? Diese Frage wirkt so ungestüm und vordringlich, daß wir schon hier deren spätere Lösung unten in § 4 D II in voraus wenigstens werden ankündigen müssen! In der That ist sie ja für diese Untersuchungen geradezu eine Präjudizialfrage! Denn wenn nach dem Erlasse dieser Gesetzgebung kein vergangenes Recht mehr denkbar und überhaupt kein Präjudiz mehr nothwendig wäre, wozu noch diese Untersuchungen über die Grundgesetze dieses Präjudizes und des praktischen Rechts überhaupt? — Wir erwähnen also hier nur zur Beschwichtigung in vorneherein schon folgende Gründe und verweisen auf deren spätere weitere Ausführung unten! —

Allerdings fällt ja mit einer neuen Civilgesetzgebung die vermeintliche gesetzliche Kraft des antiken römischen, wie so manchen andern halbantiquarischen Lehrmaterials der historischen Schule, und bedarf es so keiner Aufhebung desselben mehr durch das Gewohnheitsrecht, welches die Praxis und ihr Präjudiz ermittelt! Aber auch wenn diese alten Hüllen alle fallen werden, was doch wohl auch dann nicht fallen sollte: das ist die Erkenntnis und das Verständnis des „Lebens" des Rechts und seines Geistes, seiner Gründe, seiner Gesetze, welche fortdauern und begriffen werden sollten, auch wenn alle bisherigen Formeln fallen werden! Diesen Geist und die Gesetze des „Lebens" des Rechts: nicht blos den Geist eines römischen und vergangenen, welchen Ihering citiert, sondern auch den eines heutigen, werden wir sowohl vor, als auch nach dem Erlasse eines deutschen Civilgesetzbuches wohl noch immer citieren, bewahren müssen! Im Gegentheil wird eine vollendetere, lebenswahre oder praktische Wissenschaft oder Theorie, ähnlich der praktischen römischen, erst recht eine nothwendige Ergänzung eines noch so vollendeten Gesetzbuchs sein müssen, wenn nicht auch dieses wieder alsbald eine todte Formel werden soll! Denn erfassen wir den, von Anbeginn der Welt gegebenen Geist und die Gesetze des Lebens des Rechts nicht, verfallen wir im Gegentheile wieder in die Extreme eines willkürlichen Naturrechts oder des, zum Theil todten Buchstabens eines Rechts der gesammten geschichtlichen Vergangenheit einer historischen Schule, dann wird die beste neue Formel eines kommenden Gesetzbuchs wieder nach wenigen Jahrzehnten zum Theil werthlos; sie wird wieder von einem Naturrechte entweder willkürlich bei Seite geschoben oder in der Hand einer historischen Schule wieder die nämliche, grundlos hemmende, das Recht wie eine ewige Krankheit fortschleppende, wie für unsere

Digitized by Google

bisherige historische Schule das dereinst classische, jetzt mehrfach abgestorbene corpus juris!

Die Frage also, ob unser geltendes Recht künftighin nach Art des Naturrechts, oder nach Art der historischen Schule, oder endlich nach Art des praktischen Rechts wird dargestellt werden müssen, wird niemals verstummen, überflüssig werden und veralten! Sie wird ewig, auch nach dem Erlasse einer neuen deutschen Civilgesetzgebung aus diesen wie andern Gründen des § 4 D II von neuem hervorbrechen! Deshalb untersuchen wir getrost auch bei dem Bevorstehen unserer neuen deutschen Civilgesetzgebung das Wesen und die Grundgesetze unseres praktischen Rechts!

4. Welche Form endlich diese Untersuchungen annehmen werden? Wir haben auch dies schon verrathen! — Diese, zum Theil gewiß ganz ernsten Untersuchungen, welche unserem Rechte vielleicht hie und da bis zu den, von uns Menschen überhaupt erfaßbaren Wurzeln des Lebens und Geltens allen Rechts hinab werden folgen müssen, werden wir so, wie wir (nach den bisherigen Proben) nun einmal im Zuge sind, hie und da in die Form einer bloßen „Causerie" zu kleiden versuchen: Wenn uns der formvollendete sel. Ihering und E. J. Bekker eine Analogie gestatten würden, würden wir etwa sagen: diese formlosen Plaudereien werden so etwa einem „Scherze und Ernste" oder „Ernste und Scherze" eines „Praktikers" zu entsprechen versuchen müssen! — Warum dies? —

Wohl unzweifehaft würde es ja schon überhaupt einen, noch so nachsichtigen und freundlichen Leser ermüden und ihm wenig nützen, wenn er, in die Werkstätte der Praxis geführt, dort nichts, als die fertigen Resultate der Arbeitsthätigkeit des Praktikers zu sehen und zu hören bekäme. Wenn er bei Gängen durch die Präjudizienssammlungen unseres deutschen Reichsgerichts beispielsweise von den, dort aufgespeicherten Modellen einer reichen Modellsammlung von der Art des § 2 I 2 nur die einflußreichsten Präjudizien fertig vorgezeigt erhielt, und dann bei dem Gange durch die Sitzungssäle unserer Gerichte nur das abstrakte, realistische Wirken der, in diesen Modellen enthaltenen Grundgesetze wahrnähme, welche dort als bloße Uebung, gleich den unerbittlichen Schlägen eines wuchtigen Hammers, Rechtsquelle, Nothwendigkeit oder opinio necessitatis ꝛc. genannt, auf einen unbezwingbaren, unwillkürlich Stand haltenden Ambos des gegebenen Lebens niederfallen, um dort den aufgelegten Rechtsfall zu verarbeiten, zu durchdringen, zu bewältigen und zu stempeln; nichts somit, als was dem Uneingeweihten vielleicht als ein eintöniges Klappern jener, den Arbeiter ermüdenden und mechanischen Tretmühle erscheinen könnte, jener Maschinerie, welche bisher blos casuistisch und fabrikmäßig unter einer Handhabung technisch routinierter Arbeiter versucht, einer Hydra des Zwistes und des Unrechts immer casuistisch mittels des Präjudizes einen Kopf nach dem andern abzuschlagen; so aber, daß gewiß an der Stelle des einen abgeschlagenen immer wieder zwei andere nach-

Digitized by Google

wachsen können, schon weil ja bisher das, viele solche Köpfe alimentierende „Princip" und die „Schule" nie berührt werden durfte! —

Wir wollen vielmehr uns erkühnen, zu versuchen, den geneigten Leser auch in das Triebwerk und die Schule der Leitung und Anwendung dieser wuchtigen Hämmer zu führen, und werden ihm so außer den darin mächtig treibenden Grundgesetzen auch vielleicht noch empirisch zu zeigen versuchen müssen, warum solche Gesetze — selbst neu — in unserem Bewußtsein entstehen, mit Geist und Körper leben und (wenn man dies nicht mit einem aprioristischen Finden verwechselt) besser entdeckt oder besser, als von den, uns störenden Doktrinen, empirisch gefunden, verbessert werden können: Und dahin eben leider hat sich bisher unser Praktiker zumeist nur schwer geleiten lassen! — Unsere geschulte Doktrin zwar wird den Werth der Kenntnis solcher Grundgesetze eines Triebwerkes ohnehin achten, welche in der Werkstätte des Rechts in verschiedener Weise auf jene wuchtigen Hämmer wirken und den Rechtsfall so verschieden breitschlagen können und müssen: Denn diese unsere Doktrin achtete ja schon bisher solche Triebwerke und leitende Grundsätze, selbst auch zum Theil falsche, aprioristische sehr hoch! Diese Doktrin also wird nicht durch Worte unserer vorliegenden Schilderung, wie: „praktische Theorie", Princip ꝛc. wohl allein schon scheu, abgeschreckt werden können! — — Die vorliegenden Untersuchungen eben aber sind *nicht* blos für den geschulten Theoretiker bestimmt: Sie sollen vielmehr auch den *Arbeitern der Praxis* dienstbar werden. Denn so mancher dieser sehr geehrten früheren Herren Collegen arbeitet vielleicht zur Zeit noch unbekümmert um das, die Arbeit unbewußt leitende Grundgesetz ihres Triebwerkes, welches doch ein großer, höherer Werk- und Weltenmeister für ewige Zeiten geschaffen, und welches sie für uns so schon unwillkürlich gegeben erachten, auch ohne daß die Gesetze uns eine praktische Theorie erst besser künden, oder so, als ob nur stumme Erfahrung sie treffen, nicht aber auch besser erkennen und wissenschaftlich darstellen könnte! Dieser Praktiker haßt vielleicht bisher sogar noch immer das Studium, die Erforschung solcher Grundgesetze als ein vermeintlich werthloses, theoretisches Beginnen: — — Solange vielleicht noch, bis er endlich einmal selbst die Finger an die Wundmale legen muß, welche unter Umständen das Abspringen einer Leitung, ihrer Transmission, wie das falsche Anlegen der Leitung durch einen bisherigen unerfahrenen, romantischen Techniker (§ 4 A) uns schlagen kann! Zudem kann dies Abspringen ja auch bewirken, daß seiner eigenen Arbeit der rothe, durchziehende Faden seines Gewebes reißt, so daß er doch auch dies geistige Triebwerk seines Schaffens kennen und den Faden wieder selbst finden, aufnehmen muß, wenn er Exaktes, Vollendetes leisten und bewußt arbeiten will, ohne Gefahr zu laufen, eine falsche Leitung zu benützen, seine Arbeit fehlerhaft zu vollenden oder mit seiner Arbeit stillezustehen! Er haßt aber trotzdem hie und da auch jetzt noch immer und zur Zeit noch dieses sich Bewußtwerden über sein

Digitized by Google

geistiges Triebwerk, bis ihm der Satz Goethes auch hier etwa in Fleisch und Blut voll übergegangen sein wird: Verachte nur Vernunft und „Wissenschaft", des Menschen allerhöchste Kraft! Bis er vielleicht vergleichend erwägt, daß ja auch wir in unseren Civilprozessen einen fortwährenden Kampf gegen schleichendes Unrecht zu kämpfen haben, und daß dieser Kampf etwa selbst dem Kampfe vor dem einzigen Richterstuhle des Völkerrechtes, dem Kriege und Zwange, wenigstens in einem Punkte zu vergleichen sein kann; daß nämlich vielleicht auch hier ein besserer Denker, als der Verf., ein Moltke z. B., andere, heutzutage näher zu erfassende Gesetze der Leitung eines modernen Krieges dereinst erkennen könnte, selbst als mancher antiker Krieger und Leiter Roms. — — Sollten wir diese Art des Denkens nicht auch im Rechte versuchen? Zwar nicht an sich bedarf eine Darlegung einer solchen geistigen Leitung nun gerade: einer „Plauderei"! Sie könnte auch im ernsten Tone gehalten sein. Gerade aber der Umstand, daß der müde Arbeiter sein eigenes geistiges Triebwerk nur so ungern studieren wird, wird neben Ernst: Scherz gebieten! Er, der vielleicht von Arbeit überlastet und nach seiner Meinung deshalb in seinem Interesse nach außen nahezu abgestumpft ist, wird sich vielleicht nur ungern entschließen und sich die vermeintlich neue Mühe bereiten, seinen Blick auch über sein nächstes Arbeitsfeld, über seine Rechtsstoffe und üblichen Begriffe hinaus zugleich zu jener Leitung gleiten zu lassen, um auch diese nach seiner Exaktheit zu controlieren, obgleich doch eben dies die Grundlage seiner Arbeit ist! Er wird sonst vielleicht solche, ihm vermeintlich ferner liegende Studien ganz beiseite legen und sich durch einen Romantiker verderben, leiten lassen, wenn sie ihm nicht zugleich einige Abspannung und Erholung bieten, welche ihm dies Triebwerk allmälig spielend erklärt und seinen Blick vielleicht auch noch durch ein abspannendes Zwischenspiel „einer Plauderei" ermuntert. Freilich handelt es sich ja dann auch hiebei einzig und allein nur um Erreichung des ernsteren Zieles selbst; nur um die Anwendung einer korrekteren Leitung selbst, nicht um den tändelnden Sport unserer Plauderei, welcher die Augen nur spielend zu dem eigentlichen Ziele locken soll! Aber bleiben wir jetzt einen Augenblick bei dem Gleichnisse des ernsten Krieges! Auch den müden Soldaten im Lager erfrischen nach den ernsten Kämpfen des Tages ja doch ein oder der andere Tanz (§ 3 II C) oder werthlose Scherze des Abends vielleicht mehr, als ein gelehrter Vortrag! Auf die Qualität dieser Zwischenspiele also kommt es dabei gewiß niemals an: Das Tändeln eines Cymbals, eines Bänkelsängers, selbst einer Zigeunerbande am Abende genügt dem Helden des ernsteren Tages! — — So ist es vielleicht auch hier keine Anmaßung, zwischen ernsterem Ringen zu plaudern, und eine einfache Plauderei des Verf. mehr geeignet, den Arbeiter in den Ernst des Triebwerkes einzuführen, als abstrakte Gelehrsamkeit. So darf sich vielleicht selbst der unbedeutenste Autor „autorisiert" erachten, seine früheren, hochgeehrten Collegen plaudernd

Digitized by Google

zur Leitung des eigenen Triebwerkes unseres praktischen Rechtes begleiten zu dürfen, welches den Geist wie den Mechanismus der Anwendung beeinflussen kann, sobald dieser Autor keinerlei Anspruch auf Qualität dieser Plauderei als solcher erhebt; im Gegentheil!

Und bedarf denn nicht auch der, noch so wohlwollende sonstige Leser eben hier hie und da dieser Abspannung durch das Ausruhen bei dem Klimpern eines Zwischenspieles vielleicht auch noch aus einem weiteren Grunde? Deshalb nämlich, weil ja auch nach solchem Zeitvertreib und Kurzweil noch vielleicht bei so manchem mühsamen Suchen und Ringen nach noch so naiver Klarheit, noch immer so manche unliebe Breite und selbst Wiederholungen kaum zu vermeiden und noch immer von dem nachsichtigen Leser wohlwollend zu übersehen sein werden! Wir „Rekruten" eines empirischen Rechtfindens werden im Stechschritte denselben Weg vielmals hin und her machen müssen, welchen dereinst ein Stratege nur einmal durchschreitet. Dem Autor überdies, dem Verf. speciell, begegnet allzu leicht das Geschick, daß ihm in solch schwierigen Fragen abwechselnd — bald Unverständlichkeit und Unklarheit (z. B. im Besitze, wenn der freundliche Leser in die römische possessio seinen angebornen, heimischen Detentionsbegriff hineinlegen will, welchen das römische Recht doch nun einmal nicht kennt) — bald umgekehrt Breite, also zu große Verständlichkeit vorgeworfen wird! Unter allen Umständen somit bedroht solche Darstellungen ein Tadel! Unter diesen Umständen ist es also doch wohl wenigstens der Sache nützlicher, breit zu sein, weil dies unter keinen Umständen das Verständnis beeinträchtigt, als zu kurz, und dann vielleicht unverständlich! Breite und Wiederholungen werden also hier hie und da deshalb unumgänglich sein, um so die vorliegenden, bisweilen noch niemals durchforschten Grundgesetze unseres Rechtslebens wie seiner Rechtspflege allseitiger — und immer wieder von neuen Seiten wie Gesichtspunkten — dem Leser um so faßlicher zu beleuchten. Denn carmina non prius audita cano: favete! Solche sind es, welche hier alsdann wiederklingen und nachklingen sollen! Deshalb also wieder werden wir einer ausführlichen, vertraulicheren Plauderei mit dem nachsichtigen Leser bedürfen, welche vielleicht dessen Nachsicht versichert sein darf, weil sie selbst so gewiß, wie gesagt, keinerlei Anspruch auf Qualität erhebt! — — Und ist alsdann einmal der, selbst des Rechtes weit besser kundige, freundliche Leser tändelnd zum Anblick und zum Studium unseres praktischen Triebwerkes nur einmal hingelockt: dann wird er ja dessen Gesetze und Wirken noch weit besser selbst sich zu erklären wissen und das sich zu bewähren suchen, was der Verf. vielleicht nur unvollkommen zu schildern vermag! — — Deshalb versuchen wir es hier: mit einer anspruchslosen Plauderei!

5. Bisherige Litteratur über eine „Schule" unseres praktischen Rechts. — Ein erstmaliger Versuch der bezeichneten Art findet sich in einer eignen Lage. Wie erwähnt, steht der Verf. seines Wissens

Digitized by Google

mit einem Versuche, empirisch die concludent geübten Gesetze unseres unwillkürlichen heimischen Recht-„Sprechens“ in eine materielle „Rechts-Sprachlehre“ zu übersetzen, bisher ganz allein! Außer dem kurzen ausdrücklichen Anerkenntnisse des Princips durch Ihering in unserem Vorworte ist wenigstens dem Verf. keine Schrift bekannt geworden, welche die ausgesprochene Absicht gehabt hätte, nachzuweisen, daß in unserem praktischen Rechte eine besondere, bessere Schule stecke, wenn sich diese Schule auch vielleicht thatsächlich wenigstens schon jetzt in der ganzen juristischen Litteratur zeigt (§ 3 IV 2). — Nichtsdestoweniger glaubt der Verf. aus zwei Gründen seine eigne Litteratur dem nachsichtigen Leser bekannt geben zu müssen, welche dies angegebene Ziel jetzt seit der Dauer eines Menschenalters verfolgt: Einmal, um damit dem freundlichen Leser zu beweisen, daß der Verf. wenigstens, wie uns hier die Römer sagen würden, nicht »illotis manibus« die eingreifende Materie vor ihm „traktieren“ möchte: sondern erst nach dem Forschen eines ganzen Lebens! Zweitens aber, um damit zu zeigen, wie er bisher das Studium der Gesetze des Lebens des Rechts, seinen eigenen Kräften mißtrauend, auch bei besseren Juristen anzuregen versucht, wenn dies auch bisher, außer bei Ihering, keinen offenen ausdrücklichen, sondern nur thatsächlichen Wiederhall gefunden. — Diese Litteratur des Verf. nun aber trat, bisher infolge hemmender Verhältnisse, in viele einzelne Untersuchungen zerstreut und nur sehr allmälig auf. Es liegt dies wohl in der Natur der Sache: Theils in der Mächtigkeit des Themas, welches der Verf. nur allmälig zu durchsickern vermochte, und von welchem der Verf. sich in vorneherein sagen mußte: Gutta cavat lapidem non vi, sed saepe cadendo. Theils in dem Mangel an Zeit während seines reichlich mit Arbeit gesegneten, besonders treu gehegten praktischen Berufes. Theils endlich darin, daß, wie schon erwähnt (Einleitung Ziff. 1), das Eintreten für ein praktisches Recht damals noch nicht offen zugestanden werden durfte! — Dies tropfenweise Eruieren soll eben deshalb hier kurz überblickt werden! —

1. Eine Erstlingsschrift des Verf. betraf, wie gesagt, dessen Untersuchungen über die heutige Schmerzengeldklage „nebst allgemeinen Erörterungen über die Methode des einheimischen Civilrechts“. Diese Studien über ein, rein in der Praxis entstandenes Institut versuchten vorerst nur eine Ermittelung des Verhältnisses der Methode der „Construktion“ (Neubildung) Iherings zu den bisherigen „Neubildungen“ unserer Praxis (§ 2 I 2), weil ja doch auch unsre Praxis von jeher construiert. Sie begrüßten mit Freuden dies Aufdämmern der Erkenntniß und der Verwerthung der Gesetze der geschichtlichen Bewegung unseres geschichtlichen lebenden praktischen Rechts auch innerhalb unserer Doktrin, an Stelle des Stehenbleibens bei dem stabilen Rechte einer gesammten Vergangenheit der historischen Schule. — 2. Eine kurze legislative Kritik des Verf. über einen, seit Anfangs der 1860er Jahre vorliegenden Entwurf eines bayerischen

Digitized by Google

Civilgesetzbuches und zugleich eine praktisch-legislative Verwerthung eben dieser Technik Iherings enthält die Zeitschrift des Anwaltvereins für Bayern Bd. II S. 289 ff. — 3. Wenige allgemeine Anklänge, nur einen allgemeinen Hinweis auf die Reformversuche und die Beachtung der Bewegungen des Lebens des Rechts schon im Cinquecento der Jurisprudenz enthält die Abhandlung des Verf.: „Das Bamberger Hofgerichtsbuch mit den Urtheilen Schwarzenbergs" in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte von Rudorff, Bruns 2c. Bd. II, 1863 S. 435. Das vom Verf. aufgefundene Urtheilsbuch nämlich sollte das richterliche Wirken eines großen Praktikers, des Schöpfers des ersten einheitlichen deutschen Gesetzbuchs „der Carolina des her johans her zu Schwartzenberg", in dessen zum ersten Male aufgefundenen Urtheilen, welche zugleich zum ersten Mal seine frühere praktische Thätigkeit ersehen ließen, und die dogmatischen Reformversuche der damaligen Praxis einigermaßen zeigen. — 4. Bereits einen ersten eigentlichen Versuch zur Darstellung einzelner materieller „Grundgesetze" des praktischen Rechts, soweit solche von unserer historischen Schule abweichen, enthält dann das formlose (ursprünglich nur in Briefform gedachte) Flugschriftchen des Verf.: „Das praktische Bedürfniß der Rechtsreform gegenüber der historischen Schule. Erlangen, Deichert 1865." — 5. Ebenso die weitere Schrift des Verf.: „Zur Kritik der heutigen Negatorien- und Confessorienklage und damit zur Kritik der herrschenden historischen Rechtsschule 2c. Eine Studie vom Standpunkte einer wissenschaftlichen „Empirie" des positiven Rechts der Gegenwart und eines gegebenen nationalen Civilrechts in Deutschland, sowie nebenbei eine Replik gegenüber E. J. Bekker, Jena, Mauke's Verlag (Herm. Dufft) 1873." Eine Hauptveranlassung der letzteren Schrift war zugleich ein Eintreten für die, eben damals noch bekämpfte, nationale Civilgesetzgebung Deutschlands in deren Vorwort. — 6. Eine weniger nennenswerthe Anregung für die Praxis ferner enthält die Abhandlung: „Die heutigen Gegensätze zwischen Praxis und Theorie, sowie das positive, nationale Civilrecht in Deutschland" in der juristischen Wochenschrift, Organ des deutschen Anwalt-Vereins, von Hänle u. Lüntzel 1876 S. 9 ff. — Den ersten Versuch, abgesehen vom Hauptthema, das Verhältnis des praktischen Rechts zum „Naturrechte" speciell geschichtlich darzulegen, enthalten nebenbei aus der Besitzlitteratur des Verf. einige Seiten der „Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio. Die Rechtsverschiedenheit im antiken Rom und die Entfaltung des doppelten, römischen Eigenthums: possessio neben dominium aus den verschiedenen positiven Rechtssystemen vor Justinian." Erlangen, Deichert 1884 S. 168 und folg. In geschichtlicher Beziehung aber enthält dieses Werk überhaupt einen ersten Versuch, abgesehen von der Geschichte der possessio, das moderne, geschichtliche Leben der Gegenwart von dem antiken römischen Leben mehr zu trennen: durch Beachtung des früheren Bestehens verschiedener geltender Rechte der

Digitized by Google

verschiedenen Völkerabstammungen noch zur classischen Zeit Roms bis vor Justinian, welche erst durch Justinian zu dem jetzigen römischen Rechte compiliert wurden, ähnlich wie jetzt die Civilgesetzgebung Deutschlands dessen gemeines und partikulares Recht einigt. Das Vorwort dieser Schrift endlich enthält zugleich einen kleinen Ueberblick über die damaligen Regungen unserer praktischen Rechtswissenschaft. — 8. Unzureichend, nicht materiell, sondern weil auf allzu beschränktem Raume, behandeln die allgemeinsten Grundlagen und Principienfragen des praktischen Rechts kurze „Vorbemerkungen" der Abhandlung des Verf.: „Zum modernen Genossenschaftsrechte, sowie von dem Rechtsbegriffe der deutschen Gutsherrschaft" in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung, V. Ergänzungsband 1885 S. 129 ff. — 9) Ueberdies hat der Verf. noch mehrere kleinere Ausführungen in praktischen wie theoretischen Zeitschriften, Vorträge am deutschen Juristentage wie in der Tageslitteratur zur Besprechung einzelner empirisch praktischer Fragen benutzt: so u. a. in der Gießener „Zeitschrift für Civil und Proceß" von Linde und Schulte, neue Folge Bd. 19 S. 231; in der, ihn zum Mitarbeiter ernennenden holländischen Zeitschrift: »Rechtsgeleerd Magazijn« van Dr. Drucker etc. I S. 168 ff., der Wiener „Zeitschrift f. d. private und öffentliche Recht der Gegenwart" von Grünhut VI S. 397 ff. ꝛc., wie in sonstigen dogmatischen Erörterungen der Lehre des Besitzrechts. Diese ganze besondere Besitzlitteratur des Verf. ist im Texte § 2 IV, II Note * am Anfange besonders aufgeführt ꝛc. ꝛc. — Eine erste, offene wie ausreichendere Darlegung der Grundprincipien oder Schule unseres praktischen Civilrechts aber sollen, wie schon erwähnt, allerdings erst die vorliegenden Untersuchungen versuchen! Diese offenen Principienstudien sind daher im Grunde in ihrem Verhältnisse zu dem „praktischen Bedürfnis der Rechtsform gegenüber der historischen Schule" des Verf. von 1865 in einzelnen Fragen eine neue Auflage und zugleich in anderen eine, neue Gegenstände behandelnde Weiterentwickelung der Spiegelung der Grundprincipien eines lebenden und praktischen Rechts. In letzteren sind Schilderungen einzelner Funktionen des Organismus des Rechts, in jenen ist eine Schilderung des Organismus selbst versucht; ähnlich etwa, wie wenn früher jemand bloß einzelne Gesetze eines unbekannten und ungenannten lebenden menschlichen Körpers, dessen Blutlauf, Nervensystem, später aber die Schilderung der Gesetze des bestimmt bezeichneten ganzen lebenden Körpers unseres Rechts und zwar jetzt zum ersten Male unter offener Nennung des allseitig gekannten Namens „praktisches Recht" versuchen möchte! — — Beurtheilungen der, auf eine praktische Schule abzielenden Schriften des Verf. fanden sich bisher in der Münchner kritischen Vierteljahrsschrift, Bd. II (1860) S. 590—597 von Stintzing, Bd. VII (1865) S. 464—470 von E. J. Bekker, Bd. XXIII (1881) S. 388, 416—440 von Brinz, Bd. XXVII (1885) S. 161—193 von Otto Bähr, sowie in sonstigen Zeitschriften. — —

Digitized by Google

## § 1. Aufgabe und Ziele einer Schule des praktischen Rechts und unsere bisherigen Rechtsschulen.

1. Die empirisch sich jedermann aufdrängende **Hauptaufgabe** einer Untersuchung über real geltendes Recht ist die Lösung der Grundfrage allen Rechts: Wie finden wir überhaupt das, im Leben „real geltende und berechtigte" Recht; das, was wir mit einem positiven Rechte" bezeichnen? (Wir verstehen somit unter einem „positiven" Rechte nicht blos ein, in Wirklichkeit gegebenes real „geltendes", sondern auch ein juristisch „berechtigtes" Recht. Und weil ein heimisches Wort kaum diese beiden Begriffe zugleich in sich begreifen wird, werden wir dies Fremdwort auch hier wieder kaum entbehren können.) — In realer Wirklichkeit nämlich gilt, wie schon erwähnt, allerorts und von jeher nur das praktische Recht; schon deshalb müssen wir ja seine Schule kennen lernen. — Damit aber haben wir doch alsdann nur vorläufig ein Recht kennen gelernt, welches thatsächlich gilt, noch nicht auch das Recht, welches „berechtigt" ist. Denn dies reale Recht könnte ja trotz seines Geltens eine bloße vorübergehende, willkürliche „Mode" sein, von welcher uns etwa Shakespeare's York in dessen König Richard II. (2. Aufz. 2. Scene) treffend besagen würde: Wie doch „unser blödes Volk, nach Art der Affen nachhinkend, strebt, sich knechtisch umzuschaffen; — zu spät kommt Rath, daß man ihn höre!" Um nun also weiter zu sehen, ob dies real geltende praktische Recht auch „berechtigt ist, werden wir ebendeshalb seine, von uns aufzusuchenden Grundgesetze oder seine Schule erst juristisch auf Grund von Rechtsgrundsätzen mit den Grundprinzipien der übrigen bisherigen Rechtsschulen prüfend vergleichen müssen. Dann erst ist unsere Hauptaufgabe in Praxis und Theorie gelöst. — Diese unsere Hauptaufgabe besteht also in der Ermittelung des juristischen **Wesens** und der **Berechtigung** unseres praktischen Rechts wie seines Präjudizes, welches, namentlich seit Windscheid, jetzt Theorie und Praxis unseres Civilrechts wieder gemeinschaftlich thatsächlich anwendet! —

Zu dieser Prüfung bedürfen beide, auch unsere Praxis, bewußter Gründe, Principien einer Schule. Auch die Praxis, obgleich sie es ist, welche dies praktische Recht in demselben Präjudize thatsächlich bereits findet, welches jetzt auch unsere Theorie wieder adoptiert. Auch sie bedarf dieser Schule aus den unter § 4 D III erwähnten Gründen, um nicht zwischen verschiedenen Schulen haltlos hin und her zu schwanken und einer gefährlichen Eklektik Thür und Thor zu öffnen. Gerade der Routinier unter den Praktikern, vor allem ein now-nothing jeder Theorie, welcher vielleicht mit stolz gehobenem Brusttone einwendet: ein gewandter Praktiker brauche ja gar kein Princip und keine Theorie, dies sei Sache einer Doktrin, nicht aber des praktischen Berufes (§ 4 D III), gerade er wird damit nur eine hohle Unwissenheit verdecken und unbewußt dennoch Grundsätzen unterliegen. Dies wäre alsdann noch weit schlimmer, als selbst einseitiges Festhalten an einer

Digitized by Google

zum Theil falschen, bisherigen Theorie oder Schule. Denn dann würden ihn eben Theorien oder Schulen unbewußt und abwechselnd dennoch beherrschen, und dann eben tritt — zu dem Schaden einer möglichen Anwendung eines einseitigen, falschen Rechts — auch noch der weitere Nachtheil eines fortgesetzten Schwankens zufolge seiner Unklarheit: eine Rechtsunsicherheit, hinzu. — Stellen wir uns dies schon hier etwas greifbarer vor Augen! Wie wollte ein solcher, ohne Theorie und Schule sich unfehlbar dünkender, Praktiker überhaupt urtheilen? — Etwa so! — Bald wird er dann glauben, einen Fall von der Art des § 2 I 2, neue Rechtslagen, Neubildungen nur nach Billigkeit und ratio allein, unbekümmert um ein geschichtliches römisches und sonst überliefertes Recht entscheiden zu können. Unbewußt gehört er dann vielleicht einer doktrinären, einseitigen Naturrechtsschule an! — Oder bald wird er dann umgekehrt die Zulässigkeit einer jeden Neuerung oder des geistigen Neubildens (Construierens) von Recht, des berechtigten (§ 5) wie des unberechtigten verwerfen; er hält sich unbedingt an sein hier veraltetes gemeines, vermeintlich „gesetzliches römisches" Recht oder ein anderes Recht einer gesammten Vergangenheit, auch da, wo ein positives Leben aus ihm gewichen ist: Ohne es zu ahnen, gehört er dann der doktrinären historischen Schule Hugo's und Savigny's an! — Oder er hält sich endlich an sein praktisches Präjudiz mit allen möglichen Abweichungen von vergangenem römischen ꝛc. Rechte, eine Construktion mit geschichtlicher Grundlage und naturrechtlichem Ausbau (§ 5). Was ist aber dies alsdann für ein Recht? Wann ist es berechtigt und nach welchen Grundsätzen kann er es regelmäßig finden? Denn die, allerdings unwillkürlich angewendeten Grundgesetze oder Principien desselben werden ja bisher nur stillschweigend und concludent geübt: Niemand weiß sich also bisher noch über dieselben klar bewußte, bestimmte, Rechenschaft zu geben; so, wie dies eine praktische Theorie können müßte: Und auch der Routinier wird sich unklar sein! — Denken wir dies uns jetzt auch in concreten praktischen Beispielen. — Bald wird der Eine, entgegen der vermeintlichen römischen possessio, das, vom Verfasser zuerst wieder vertheidigte und jetzt vom Reichsgerichte wie der neuesten Doktrin mit der Praxis vor Savigny wieder zugelassene „Besitzrecht des bloßen Detentor" ohne animus domini (§ 2 IV, II): den bloßen Besitz beispielsweise unter suspensivem Eigenthumsvorbehalte, den Besitz eines unvertheilten Gemeindegrundes ohne animus domini ꝛc. ꝛc. als ein Recht erachten und ihm wieder eine Besitzklage gestatten; bald wird wieder ein Anderer die Besitzklage solcher Besitzer ohne animus domini — mit der historischen Schule — abweisen, diese letzteren aus ihrem wohlerworbenen Besitze, von Haus und Hof jagen: weil ja doch das vergangene römische Recht eine possessio ohne animus domini (nebenbei ein ganz anderes Recht, § 2 IV II) niemals zuläßt! Bald wird ferner der Eine eine andere Klage aus einer, in der Praxis gestatteten Obligation, aus einer Genossenschaft, Paternitäts-, Alimentations-,

Digitized by Google

Defloration=, Schmerzengeldklage und aus sonstigen Fällen des praktischen Rechts und seiner Neubildungen (§ 2 I 2) gestatten wollen, bald der Andere nach römischem Rechte mit Savigny's rein römischem Rechte sie verweigern! Ohne Grundgesetze, ohne bewußte Theorie vermag also hier der selbstbewußteste Praktiker nie klar und sicher zu entscheiden! Und entscheidet er dennoch, so huldigt er alsdann eben unbewußt dennoch einer: Theorie! Und welcher? — Wir bedürfen also einer Kenntnis des Wesens dieses praktischen Rechts und des Grundes, warum unsere Praxis bisher anderes, als das Recht unserer wechselnden Doktrinen urtheilt, ein Verständnis ihrer Grundgesetze, ihrer Grundprinzipien oder ihrer „Schule", an Stelle eines unbewußten concludenten Urtheilens; so ungewohnt, so fremdartig dies auch unserer, seit einem Jahrhundert etwa gewaltsam des Denkens über ihre Grundgesetze entwöhnten Praxis (§ 3) anfänglich auch scheinen mag! — Wir bedürfen dies aus einem doppelten Grunde. — Einmal aus positiven Gründen. Weil eben in Deutschland zur Zeit noch unwiderlegt, wie gesagt, jene drei verschiedenen, vermeintlich geltenden Rechte bestehen: ein Natur=, ein historisches und ein praktisches Recht: um nicht ein falsches von diesen drei Rechten anzuwenden. — Zweitens bedürfen wir sie für eine Gesetzgebung! In § 9 werden wir ersehen: Auch eine Gesetzgebung kann, um brauchbar zu sein, nur lebendes praktisches Recht fixiren; sie könnte unmöglich historisch vergangenes, todtes Recht, z. B. Stipulationen, die Sklaverei ꝛc. wieder zu lebenden Rechten „machen", oder Naturrechtsutopieen zum Gesetze erheben. Eine gute Gesetzgebung muß deshalb von einer praktischen Theorie bereits zuvor vorbereitet sein, um das, was diese praktische Anschauung und Wissenschaft vorbereitet hat, alsdann ungehindert gesetzlich fixieren zu können. Deshalb, weil unserer deutschen Civilgesetzgebung nicht, wie in unserem Strafrechte, eine praktische, sondern eine falsche, antiquarische Theorie vorausgegangen ist, laboriert diese Civilgesetzgebung jetzt seit 1873 an der Fertigstellung unseres neuen Gesetzbuches! Jedes einzelne Institut hätte zuvor nach lebendem, praktischen Rechte wissenschaftlich durchklärt sein müssen: Unsere bisherige ungenügende historische Schule aber ist daran Schuld, daß unsere Gesetzgebungskommissionen nicht bereits reifes, lebensfrisches Recht für die Darstellung eines Gesetzgebers, sondern nur theilweise Antiquitäten vorfanden und nicht so rasch vorwärts kommen können! — — Deshalb, aus diesem doppelten Grunde bedürfen wir künftighin eines Wissens, der Wissenschaft besserer, praktischerer oder lebenswahrerer Rechtsgrundsätze oder einer praktischeren Schule, um eben für die positive Rechtsdarstellung, wie vorbereitend für eine Gesetzgebung, das wahre, real oder praktisch lebende Recht darstellen zu können! — —

Was ist nun das „Wesen" eines solchen praktischen Rechts? Formell und äußerlich zwar allerdings unterliegt ja bisher dies „Wesen" unseres praktischen Civilrechts nicht dem mindesten Zweifel! Formell könnte also der freundliche Leser diese unsere Hauptfrage nach

Digitized by Google

dem „Wesen“ unseres praktischen Rechts sogar auf den ersten Blick noch als eine unscheinbare, müßige erachten, ja könnte diese Frage selbst einen Augenblick nahezu vielleicht seinen Unwillen erregen! Denn aller Welt ist ja doch bekannt: ein praktisches Recht ist dasjenige, welches vor unseren Gerichten, in Deutschland vor den Gerichten überdies einheitlich und im Wesen gleichmäßig, angewendet wird, gilt und lebt. Die Entscheidungen dieses praktischen Rechts ferner werden auch von jeher, für jedermann sichtbar, seit urgeschichtlicher Zeit — im alten wie im neuen Rechte — aufgezeichnet und schon hieraus ersichtlich. Bereits in dem Vorworte seiner „Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio« von 1884 S. V ff. beispielsweise hat der Verf. bemerkt, wie die Fragmente der Justinianischen Digesten schon fast nichts, als solche Präjudizien eines praktischen Rechts sind, ein Beweis, daß ja schon die römische Jurisprudenz überhaupt eine gleiche „praktische“ war. Aufzeichnungen solcher Präjudizien eines praktischen Rechts finden sich weiter dann durch das ganze Mittelalter hindurch: in den mittelalterlichen casus, quaestiones, consilia, den Schöffensprüchen und Weisthümern: ganz ebenso, wie in dem englischen Präcedenzfalle und dem continentalen Präjudize der Gegenwart. Hier gewinnt zudem das, eine Zeit lang von unserer historischen Schule verbannte Präjudiz gerade neuerdings auch noch mehr an Bedeutung. Immer mehr und mehr Bände von Entscheidungen des heutigen deutschen Reichsgerichts, von J. A. Seufferts Archiv und zahlloser anderer praktischer Zeitschriften, wie bemerkt, zeichnen dasselbe auf! Auch die bevorzugtesten Pandektenlehrbücher unserer Doktrin verweben seit einigen Jahrzehnten eben dies Präjudiz wieder mit ihrer Lehre: — So wird die formale und äußere Erscheinung dieses unseres lebenden praktischen Rechts in seinen Einzelnheiten wohl niemanden unbekannt sein: Wozu also noch solche Fragen und so lange Darlegungen, wie hier? — könnte wenigstens ein zweifelnder Gegner einwenden! — —

Materiell verhält sich aber die Sache leider doch wohl ganz anders! — Wer erklärt uns bisher doch auch das „materielle“ Wesen dieses praktischen Rechts? Offen und erschöpfend wohl noch niemand, so wenigstens, daß wir dies Wesen auch andern erklären und seine Grundgesetze bezeichnen könnten. Im Gegentheil: Seit dem neuerlichen Hereinragen des gewaltigen, dereinst klassischen römischen Rechts, seit der Glosse, erscheint dies praktische Recht fortwährend bezweifelt und bekämpft, obwohl doch niemand weiß, welches Recht er so bekämpft!! Da also werden wir eine Wissenschaft unseres lebenden und praktischen Rechts bedürfen, welche das berechtigte Wesen dieses Rechts sucht! — — Würden wir so dies „Wesen“ des, für uns wahren, im Leben geltenden Rechts nicht endlich zu enthüllen suchen? — Dann könnte sich in einer sturmesnachtgleichen Finsternis bei jeder einzelnen Neubildung unseres Rechtslebens fortwährend folgendes ereignen: — Wie in einem Sturme Shakespeare's würde dann auch in unserem Rechte



Digitized by Google

bei Rechtsstreiten, im Staatsrechte wie im Privatrechte, ein rechtmäßiger, mit Unrecht bei Seite geschobener und verkannter Beherrscher der Wahrheit und Wirklichkeit, ein Prospero, uns aprioristisch Verirrte nur immer wieder in den dunklen Wirbeln und Nebeln eines Sturmes und Kampfes, wie in Kreisen, drehen und uns dann nur immer wieder auf die mannigfaltigsten, uns bisher zwar unbekannten Küsten, aber trotzdem auf Gebiete verschlagen können, welche unbewußt doch nur immer wieder diesem verkannten Herrscher, dieser praktischen Wahrheit, unterthänig und eigen sind. Diese eben würde sich vielleicht gerade in jenem, noch unerkannten und deshalb verkannten, lebenden, schon thatsächlich nun einmal allerorts geltenden praktischen Rechte verborgen halten! Sträfliche Unkenntnis der geschichtlich lebenden Thatsachen, selbst bewußtes Nichtbefolgen anerkannter korrekter Rechtsregeln, zudem vielleicht sogar blindes, sinnesbares Hassen einer, nun einmal auf Erden gegebenen, unabwendbar sich bewegenden Wirklichkeit zu Gunsten vielleicht aprioristischer, nie erreichbarer Ideale (§ 3 A II) allein wären dann unsere zeitweilig eingreifende Begleiter, jener Luftgeist und Kobold Ariel, welcher, diesem verkannten rechtmäßigen Herrscher gleichfalls unterthan, uns dann in diesem vermeidbaren Kampfes- und Sturmes-Wirbel immer wieder so kräftig gedreht haben würde — und uns solange noch dreht, — bis wir uns endlich doch einmal entschließen werden, ob unseres bisherigen, wohl frevlen aprioristischen, sich über uns Menschen selbst überhebenden und sich selbst täuschenden Beginnens Einkehr in uns selbst zu halten und — nach einigem induktiven Nachdenken — rückhaltlos die empirisch gegebene Herrschaft einer unwillkürlich herrschenden praktischen Wirklichkeit und Wahrheit, unserer selbstlosen Erfahrung und den Rechtsgründen entsprechend, endlich auch wissenschaftlich anzuerkennen und deshalb das Wesen ihres realen praktischen Rechts und seine Berechtigung näher zu erforschen!

Darum wird auch wohl jetzt und ewig, solange sie ungelöst, diese Lösung unserer Grund- und Hauptfrage — über das berechtigte Wesen dieses unseres lebenden, praktischen Rechts — der Beachtung unserer Oeffentlichkeit im hohen Grade werth erscheinen müssen! Diese Grundfrage wird ja wohl die schwierigste, aber auch die einflußreichste Grundfrage unserer Civilrechts-Theorie und Praxis der Gegenwart sein und bleiben. Ja sie wird vielleicht noch weiter und, wie gesagt, über das Civilrecht hinaus ragen, selbst auf öffentliche Gebiete ꝛc.: Denn sie wird identisch sein müssen mit der Grundfrage allen Rechts: nach welchen Grundsätzen und Grundgesetzen können wir überhaupt ein geltendes Recht finden? Und eben diese letztere Frage wird sich ja an sich schon unter die höchsten und folgenreichsten Grundfragen der Menschheit einreihen!

2. Mit dieser Hauptfrage der bewußten oder wissenschaftlichen Ermittelung des Wesens und der Berechtigung des positiv lebenden praktischen Rechts wird alsdann eine Nebenfrage und **Nebenaufgabe** von selbst zusammenfallen: Die Frage der endlichen **Einigung** von

Digitized by Google

Theorie und Praxis unseres Civilrechts, oder die Frage: wie diese unberechtigte „Spaltung" von Theorie und Praxis, von Wissen und real lebender Wirklichkeit unseres Civilrechts endlich zu heben sein wird! Denn, wenn wir aus positiven Rechtsgrundsätzen endlich das wahre, geschichtlich berechtigte Recht unter den drei bisher, theils bewußt, theils unbewußt gegebenen Rechtsschulen gefunden, und positiv wissenschaftlich entscheiden können: ist eine Naturrechtsschule berechtigt, oder eine historische Schule des vergangenen Rechts, oder ein geschichtlich lebendes praktisches Recht, welches allein formal schon den positiven Rechtsquellen entspricht, alsdann wird sich auch unsere Civilrechts-Theorie und Praxis einigen müssen. Dann wird keine dieser verschiedenen Schulen ein bewußt falsches Recht lehren oder anwenden wollen. Denn berechtigt kann ja nun eines dieser drei Rechte sein, und dieses berechtigte eine Recht also wird alsdann Theorie und Praxis, Lehre und Anwendung desselben Rechts von selbst einigen müssen!

Man könnte aber auch hier, wie schon im Vorworte berührt, einwenden: unsere neueste Theorie selbst, namentlich seit Windscheid, adoptiert ja in ihren Pandekten und ihrem deutschen Privatrecht bereits das Präjudiz und damit dessen positive Berechtigung, welche die historische Schule Savigny's dereinst noch geleugnet hat. Damit aber sei die Einigung zwischen unserer Theorie und Praxis schon erreicht und vollendet. Wozu also noch weitere Einigungsversuche? — Wir werden auch diesem Einwande in § 3 IV noch entgegentreten müssen! — Auf positivem Gebiete ist zwar so mit dieser Adoptierung des Präjudizes unserer Praxis durch unsere neueste Doktrin, wie schon seit den ersten Spaltungen beider, seit den Zeiten der mittelalterlichen Glosse, zum so und so vielten Male geschehen, wieder eine vorübergehende (cf. unten § 1 Ziff. 6 mit § 3), äußerliche Einigung in der „Kasuistik" thatsächlich erreicht. Im wissenschaftlichen „Principe" dagegen huldigt unsere Doktrin bisher noch immer fast ausnahmslos einer historischen Schule mit ihrer Geschichte einer „gesammten Vergangenheit". Wie schon wiederholt erwähnt, steht aber diese „Vergangenheit" dem „Leben" des Rechts, dessen viva vox das Präjudiz unserer Praxis ist, principiell als eine zum Theil andere Geschichte gegenüber! Damit ist dann aber unsere Theorie und Praxis zwar thatsächlich und kasuistisch geeinigt, aber im Principe noch immer gespalten und ungeklärt! Und welch' schädliche Folgen dies zeigt, wird sich eben aus § 3 und § 4 ergeben.

Mit der Lösung dieser zweiten Grundfrage der Einigung wird sich aber alsdann für unsere Jurisprudenz nicht blos geradezu eine wissenschaftliche Pflicht, sondern auch eine, unter den übrigen Culturvölkern noch ungelöste Ehrenaufgabe eröffnen! Wir wissen ja doch, daß auch die übrigen Culturländer, wie Italien, Frankreich, Holland und andere dereinst sogar durch eigene romanistische Schulen das klassische römische Recht, gleich uns, hochhielten. Wir wissen, daß sie dereinst sogar in der Pflege dieses, vermeintlich ewig klassischen Rechts



Digitized by Google

mit uns um die Palme gerungen. Trotz aller dieser früheren Verherrlichungen aber haben alle diese übrigen Culturländer dem, dereinst in den Himmel erhobenen, antiken klassischen römischen Rechte seitdem auf einmal mäuschenstill Valet gesagt; sie haben sich seitdem gezwungen: auf positivem Gebiete dem praktischen Präjudiz, auf legislativem Gebiete dagegen praktischen Gesetzgebungen in die Arme zu werfen, die Gelehrsamkeit aber, nicht der Geschichte, sondern des veralternden römischen Dogma's uns Deutschen allein zu überlassen! Ueber dieses ihr Thun, über diese ihre Fahnenflucht hat sich wohl bisher keine dieser übrigen Nationen je eine erschöpfende, wissenschaftliche Rechenschaft gegeben: sie haben damit vielmehr wohl noch die Grundfrage allen Rechts umgangen: ob das wahre Recht in einer Vergangenheit, und zwar gerade im vergangenen klassischen römischen Rechte, oder in einer lebendigen Praxis der Völker, oder wo sonst gegeben? Sie haben damit nur unbewußt einer praktischen Nothwendigkeit gehorcht: Sie leben jetzt mit einem Male unbewußt und principlos in einer andern Schule des Rechts: Sie aber kennen die Principien des Rechts noch nicht, welchem sie jetzt gehorchen! Bei uns allein nun besteht der frühere Gegensatz zäher fort: wohl über unsere Civilgesetzgebung hinaus. Bei uns allein spalten sich die Juristen noch immer in historische, Naturrechtsschulen und Praktiker. Deshalb erwächst wohl unserer deutschen Jurisprudenz jetzt die Ehrenaufgabe, diese Spaltung zwischen Wissen und Leben, Theorie und Praxis, diese erste mächtigste Grundfrage allen Rechts, die Frage, welche alle übrigen Kulturvölker umgangen, jetzt endlich auch durch Einsicht in das Wesen und die Gesetze des geltenden Rechts bewußt und wissenschaftlich exakt zu lösen!

Doch bevor wir weiterschreiten, vielleicht zur Abspannung, ein kurzes Zwischenspiel unserer Plauderei. — Wir werden diese Untersuchungen, welche dereinst so fanatische Kämpfe zwischen Naturrechts- und historischer Schule, zwischen Doktrin und Praxis hervorgerufen (§ 3), um unser Ziel zu erreichen, jetzt auch mit voller Seelenruhe vor uns prüfend vorüberziehen lassen müssen! —

Damit endlich die fanatischen Kämpfe innerhalb unserer Theorie und Praxis enden, von welchen wir in § 3 und § 4 D IV Proben kennen lernen werden! Denken wir aber alsdann ebendeshalb nicht mehr an die überstandenen, schweren Kämpfe früherer trüber Zeiten, in welchen Prosperos Stürme über unser Haupt dahingebraust und uns in Kreisen gedreht! Versetzen wir uns vielmehr in unserem Plauderstübchen ganz in die behäbige Lage einer ungezwungenen „Plauderei", und lassen wir, indem wir so unsere volle Ruhe bewahren, hinkende Gleichnisse an uns vorüberziehen: den alle müssen sie hinken! Zum Beispiel: Ein junger Jurist tritt soeben von der Universität in die Praxis über. Bestürzt findet er in einem Präjudiz ein „ganz anderes" Recht, als es ihm ein hochverehrter Lehrer N. N. auf Universität X seit Savigny's System oder Zeitschrift ꝛc. docierte: Gewissensbisse, er will ja doch auch in einem Urtheile nicht Unrecht

Digitized by Google

zufügen — treiben ihn da zu dem Praktiker und Richter, welchem er auf der Amtsstube zugetheilt ist. Da, am Abende, zur Feierzeit, so zwischen Licht und Dunkel — ganz wie es der dunklen Materie geziemt — läßt er seinem Zweifel und der Verzweiflung freien Lauf: Wie es doch möglich sei, in derselben Frage zwei ganz entgegengesetzte Rechte vorzufinden ꝛc.! Der Richter weiht ihn ein in die Kämpfe, welche ein Rechtswahn unfehlbarer, aprioristischer Extreme unter sich und mit der positiven Wirklichkeit seit mehreren Jahrhunderten zu heller Lohe geschürt, und: wie da eben nach Art des § 2 I 2 ein lebendes Recht „mit uns geboren!“ Aber der junge Mann ist vielleicht Fausts oder richtiger Mephistos Schüler, wie wir einen solchen bereits 1865 (in des Verf. praktischem Bedürfnisse einer Rechtsreform gegenüber der historischen Schule) kennen gelernt. Er hat von da, aus dem Faust, vielleicht seine Mißachtung unseres bisherigen Rechts schon mitgebracht, und expektoriert sich nun nur deshalb über diese Zerfahrenheit des Rechts allzusehr. Seine weiteren Expektorationen aber könnten uns jetzt auch nochmals nutzlos aufregen! Wir „entlassen“ ihn also und wählen deshalb jetzt noch ein anderes, wirklich harmloses Bild! Wir denken uns an dessen Stelle einen völlig neutralen, behäbigen, kugelrunden, niemals bleichen Juristen eines, nie von Faust's Zweifeln angenagten „fernen“ Auslandes: Ostasiens beiläufig. Der hat aber doch auch von dem merkwürdigen Lande „Deutschland“ gehört; von dem Lande der Professoren, wie ihm ein Engländer, von dem Lande der denkfaulen Praktiker, wie ihm dann ein deutscher Professor gesagt (§ 3). Er hat gehört, wie in diesem seltenen Lande Deutschland allein noch immer eine dreifache Darstellung desselben geltenden Rechts zu finden ist: eine erste naturrechtliche, eine zweite historische, und eine dritte praktische. Dreimal eins macht drei — denkt er sich! — Der Mann ist Geschäftsmann, etwa Advokat in seinem Lande! Wie vortheilhaft — denkt er sich deshalb weiter — wenn er bei seinen Consultationen jeden von drei Clienten dereinst mit ganz entgegengesetztem Interesse dennoch immer ein vermeintlich anderes „geltendes“ Recht auftischen — und so etwa: ein und dasselbe Streitobjekt, und zwar dessen Besitz, den drei Gegnern stets ganz — zusichern kann: Diesem ersten nämlich nach Natur-, jenem zweiten nach geschichtlicher possessio, und einem dritten gar nach praktisch lebendem Detentions-Rechte. Haufen Goldes sieht er schon in seine Taschen gleiten. Deshalb ist er nach diesem fernen Lande geeilt! Frisch in Deutschland angekommen, stellt er nun in jener Dämmerstunde an unseren Praktiker gleichfalls die Frage: Er wisse jetzt recht wohl, was Natur- und was historisches Recht ist. Unsere Professoren hätten ihn jeder für seine Ansicht gewinnen wollen. Aber — was praktisches? — Da sei ihm schon so mancher mit der Antwort ausgewichen! Man habe ihm gesagt, da solle er eben bei unseren Gerichten in X, Y, Z, bei Freund und College A, B, C Praxis nehmen; da werde er auch das schon lernen! Verrathen aber habe ihm das Geheimnis, den Vortheil, bisher —

Digitized by Google

um Sterbenswillen noch keiner! — Und sollten wir Praktiker nun, deshalb befragt, am Ende gar, — crimen laesae! — wenn dies denn doch gegen uns selbst nicht gar zu unbescheiden sein würde und wir uns großmüthig deshalb in vorneherein selbst verzeihen wollten, — daran denken, uns endlich einmal selbst über die Gründe dieses bockbeinigen Leidens unserer Jungfrau Justitia, ihrer seit Jahrhunderten inveterierten Spaltepilze oder Spaltebacillen zwischen Theorie und Praxis, erst einmal mikroscopisch aufzuklären? Etwa nach dem Satze: docendo discimus? — Wie wollten wir dies machen? —

Wenn nun also so wir armen „zur Forschung gezwungenen" Praktiker das, bisher vor der Oeffentlichkeit scheue Wesen unseres lebenden und praktischen Rechts wirklich zu erhaschen suchen, so wird wohl unbedingte Ruhe und Geduld nicht blos der übrigen Staatsbürger, sondern vor allem auch der, unsere Rechtswissenschaft bisher beherrschenden Hausväter aus der historischen Schule, erste Pflicht sein: damit wir es nicht gleich anfangs verscheuchen! Sehen wir doch nur objektiv: was hat denn der historischen Schule deren bisheriges fanatisches Toben, welches wir in § 3 gleichfalls noch näher werden kennen lernen müssen, was der Ausschluß unseres, lange scheuen praktischen Rechts von aller rein theoretischen Litteratur durch Savigny, was so die Bildung einer chinesischen litterarischen Mauer um unsere historische Schule in ihren Begriffshimmel, was haben alle Gewaltmaßregeln, Maßregelungen ꝛc. gegen die Person unserer Praktiker, welche ja selbst nur unwillkürlich den Geboten dieses, spontan sich erzeugenden Rechts unterliegen und ihm unwillkürlich gehorchen müssen, genützt? Im Vertrauen: Nichts! Unsere Historiker selbst: adoptieren jetzt das früher verfolgte Präjudiz mehr und mehr! Es ist ja nicht einmal ein naturalistischer, sondern ein blos realistischer Zug unserer Zeit, welcher auch hier, obgleich noch scheu, trotzdem wie in unserer sonstigen Litteratur, wie in Staat und sonstigem Wissen, so auch bei uns bereits durch alle Ritzen dringt. Haben bisher denn wirklich all' die, noch so fanatischen Kämpfe den organischen Gestaltungen unseres praktischen Rechts von der Art des § 2 I 2 je Abbruch gethan? Ist das Recht seit Savigny ein wesentlich anderes geworden, als das des Praktikers und Pandektisten Glück ꝛc.? Andere haben dies schon beantwortet: Im Gegentheil! Wie schon in der Einleitung (Ziff. 1) erwähnt: in zahllosen Präjudizienſammlungen gewinnt praktisches Recht fortwährend an Boden und Einfluß. Besehen wir doch die wirkliche Welt! Herrscht denn auf unserer Culturwelt infolge dieses Wüthens etwa noch das classische, antike, rein römische Recht, die Schule der Glosse und Postglossatoren, die französische Schule des Cujacius, die holländische und selbst die, von uns allzu hoch gepriesene, deutsche historische Schule Hugo's und Savigny's? Ganz im Gegentheile! Die gesammte Culturwelt, unsere Professoren selbst schieben ihre Antiquitäten durch das lebende Präjudiz thatsächlich schon bei Seite! — Dann ist es aber doch vernünftiger, das praktische Recht ruhig

Digitized by Google

näher zu betrachten, welches wir durch alles Toben bisher doch nicht aufgehalten, auch nicht dadurch, daß die bisherigen Hausväter der Rechtswissenschaft aus unserer historischen Schule es mit ihrer souveränsten Verachtung gestraft und es hocherhaben nicht erforschten, um in ihrem Salon im Dunkeln umherzutappen. Wir wissen ja doch: „blinder Eifer" schadet nur! Was hat es unseren bisherigen doktrinären Hausvätern genützt, sobald solch ein „neues Geschöpf" unseres Rechtslebens und unserer Praxis nach Art des § 2 I 2 wieder durch Ritzen und über Dächer in die offenen Fenster unseres öffentlichen Rechtsbaues dringt, sich selbst eine Reihe Zähne, ihre ererbten Hausmöbel, namentlich ihre besten, allein brauchbaren Rechtsspiegel einzuschlagen, um im Dunkeln dies eindringende, über Nothstand des Lebens klagende Wesen zu vernichten, ohne doch nur zu sehen, wohin und wen ihr Schlag trifft; statt einfach ein billiges Streichhölzchen oder gar ein Nachtlichtchen anzuzünden, welche diese Nacht dauernder erhellt, um unter seinem billigen Scheine doch einmal dies wunderbare eingedrungene Wesen von der Art des § 2 I 2 näher zu betrachten! Jeder andere Weg würde ja nur komische Scenen für einen Humor bieten, ohne doch etwas besseres zu fördern! Betrachten wir einmal das, schon — unvorsichtig genug — zur Zeit eines frevlen Beseler u. a. in den Salon unserer historischen Schule gelockte Genossenschaftsrecht; das von dem frevlen Vers. selbst zuerst wieder in das gemeine Recht zurückgeführte, vom römischen Recht unabhängige praktische Besitzrecht des Detentor ohne animus domini (§ 2 IV, II mit § 4 A). Sind denn solche Ketzerexemplare, wie solche bisher, eines nach dem andern, sachte über Dächer geschlichen, und nach Art des § 2 I 2 noch viele vorräthig sind, bei einigem Lichte betrachtet, gar so schrecklich? Nehmen sie nicht auch Manieren an? Schmeicheln sie nicht auch uns selbst, unseren Angehörigen, und lassen sie sich nicht sehr cultivieren und zu höchst nützlichen, unentbehrlichen Diensten verwenden? Ohne Scherz, es ist zu befürchten, daß einzelne solche neue Dinge, wie dereinst das Handelsrecht, in unseren Salons, selbst in unseren Regierungssalons! Eingang finden; (man denke gar an die Arbeiterversicherungen!), daß sie in diesen Salons am Ende als Lieblinge selbst der Jugend, der Damen von der Mode, auf den besten Sopha's Platz nehmen und selbst „Mode" werden, daß die Gouvernante der historischen Schule selbst ihnen dereinst Gesangsunterricht ertheilt, so daß sich dereinst ihre jugendlichen Tenore so wesentlich verbessern, daß wir sie von antiken Sängern kaum mehr zu unterscheiden vermöchten, daß also nicht mehr das Lied von Murners Schwiegervater auf unseren Dächern erschallt, sondern dasselbe sich sogar in anständige, ernste, getragene Weisen auflöst, — Gott steh' uns bei, und das alles, fast ohne daß wir selbst fernerhin diese Ausgeburten eines Ketzerthumes gegen das allein seligmachende, rechtgläubige, historische, classische, rein römische Recht noch verbrennen und uns dagegen bekreuzen wollen! Schlimme Zeiten das! —

Digitized by Google

Aber wenn wir auch so unsere alte Haut und Schule des Vergangenen, uns gleich einer Boa krümmend, ausziehen wollten, eines wird uns daran noch hindern: das bisherige Fehlen eines, auch des unbedeutendsten Lichtchens, welches als Nachtlicht die Wesen in § 2 I 2 im dunklen Raume der Gegenwart einigermaßen sichten läßt: ein Princip! Mit a. W.: uns hindert das unbekannte Wesen des, allein für uns thatsächlich wie geschichtlich gegebenen und geltenden, lebenden praktischen Rechts, um Theorie und Praxis bewußt zu einigen! Eben dies Wesen werden wir jetzt ebendeshalb mit möglichster Ruhe von der folgenden Ziffer 3 beginnend, wenn auch noch so mager und spärlich, versuchsweise zu beleuchten haben, indem wir jetzt vom Scherze der Jurisprudenz wieder mehr und mehr zum getragenen Ernste übergehen sollten! Ob dies gelingt?

Möge nun aber auch in dieser mangelhaften Beleuchtung, da es sich doch um die Heilung allerseits fühlbarer, tiefer Schäden unserer vaterländischen Jurisprudenz, um die objektivste Wahrheit und die sachliche Größe unseres nationalen Rechts handelt, jeder Einzelne unserer nachsichtigen, freundlichen Leser einen kurzen Augenblick den etwaigen bisherigen, deduktiv aprioristischen Standpunkt Anderer, welchen er vielleicht von der Universität mitgebracht, ganz und gar verlassen. Möge er jetzt einen Augenblick mittels völlig neuer, empirisch-induktiver Forschung an diesen Heilungsversuchen der klaffendsten Wunden unseres Rechtslebens Theil nehmen, und so unsern schwachen Versuch durch sein weit besseres Können unterstützen!

3. Daß das praktische Recht ein, für uns alle zur Zeit noch „unbekanntes Wesen" ist, wird kaum einem Zweifel unterliegen! Aus manchen Anzeichen ersehen wir ja, wie so sehr unbekannt uns eben dies, an Casuistik (§ 2 I 2) und an Principien (§ 5—7) doch zum Theile ganz andere, praktische Recht, als das der bloßen Vernunftphilosophie der Naturrechtsschulen und das vergangene Recht unserer historischen Schule, noch jetzt ist. Wir werden diese Anzeichen hier vorläufig aufzählen, um sie erst späterhin, nach einer geschichtlichen Einführung, einzeln wieder näher darzulegen! — Das Unbekanntsein nämlich mit diesem praktischen Rechte, welches bis jetzt noch nicht aus wissenschaftlichen Büchern einer praktischen Theorie in seinen Gründen und Grundprincipien ersehen werden kann, zeigt sich beispielsweise theils erstens in dessen Unkenntniß seitens unserer juristischen Jugend, sobald sie von der Theorie unserer Universitäten in unsere Praxis übertritt (Iherings Habermeier-Periode). Theils zweitens in dem Wiedervergessen dieses nur geübten Rechts seitens unserer Praxis selbst, sobald auch diese nur einmal längere Zeit aus der Civilrechtspraxis zu anderen Rechtssparten übergeht (dem sog. „Verlegensein" in der Civilrechtspraxis). Theils drittens selbstverständlich in dessen Unkenntniß seitens unserer Theorie, welche auf unsern, von einer historischen Schule beherrschten Universitäten ausschließlich herangezogen und niemals ein lebendes und ein anderes Recht als gegeben

Digitized by Google

kennen gelernt hat, als das „vergangene" Recht der historischen Schule, welche annimmt, daß das geschichtliche Recht nur durch die „gesammte Vergangenheit unserer Nation" gegeben sei (Trennung von Theorie und Praxis). — Weil diese Theorie als Anhängerin einer historischen Schule nur vergangenes Recht kennt, gerade deshalb müssen sich ja eben jetzt die einzelnen Produkte dieses lebenden, sich stets bewegenden und neu erzeugenden Rechts: die einzelnen Neubildungen oder Constructionen nach Art des § 2 I 2, anfänglich wie Küchlein unter die Fittige ihrer Bruthenne, der Praxis, ausschließlich flüchten, bis sie selbst erstarken; wie das mittelalterliche Lehenrecht, jetzt vielleicht die Genossenschaft, das Besitzrecht des Detentor ꝛc., oder bis sie von dem Machtspruche eines Gesetzgebers geschützt werden, wie unsere Handelsgesetzgebungen ꝛc. Solange dies aber nicht der Fall ist, sieht der Theoretiker einer historischen Schule das, unter den Fittigen der Praxis, unter deren Präjudiz, versteckte neue Recht noch gar nicht! Der blind und fanatisch dreinfahrende Doktrinär der historischen Schule leugnet so aber auch alles; seine Berechtigung, seine Existenz, jedes Federchen desselben, er verfolgt und zertritt es, wo es zu Tage tritt, wie eine unverantwortliche, staatsgefährliche Neuerung; so, daß sich das Wesen dieses praktischen Rechts bisher auch nie äußerlich oder theoretisch der Oeffentlichkeit einer wissenschaftlichen Litteratur — abgesehen vom casuistischen Präjudize mit seinem verdeckten, stillschweigend und concludent geübten Principe — lüftete. So umhüllt bisher das Kommen und Gehen, das Wesen dieses real lebenden und geltenden, allein quellenmäßigen praktischen Rechts ein Schleier, und eine praktische Jurisprudenz hat zu versuchen, jetzt erst dies scheue Wesen zum ersten Male mit seinen Lebensbedingungen oder Grundgesetzen zur öffentlichen Besichtigung hervorzulocken! — Drei Wege sind nun überhaupt denkbar, um dies Wesen hervorzuziehen und zu erschöpfen. Der erste, eine principielle praktische Lehre oder Theorie, ist bis jetzt noch in unserer, rein wissenschaftlichen, noch immer von einer historischen Schule beherrschten Litteratur ausgeschlossen. Windscheid beispielsweise bekämpfte sie noch offen (Pand. § 9 Note 4), und keine rein theoretische Zeitschrift existiert noch jetzt, welche heutzutage „Principienstudien" eines Praktikers als solchen, i. e. eines Praktikers, welcher offen erklärt, daß er das Recht der historischen Schule nicht unbedingt, wohl aber das praktische Recht für positiv halte, in ihre Spalten aufnehmen würde. Bleiben also z. Zeit nur zwei andere Wege: Zweitens das Durchlesen von Präjudicien, welche diese anderen Principien eines praktischen Rechts wie unbewußt, aber stillschweigend und concludent, üben und erkennen lassen. Drittens die Erfahrung aus eigener Uebung und Beschäftigung innerhalb der Praxis der Civilgerichte: als Richter, Anwälte, Notare, Consulenten ꝛc. Dort wird einem, auch ohne frühere praktische Erfahrung, die Nothwendigkeit eines praktischen Rechts gar bald durch praktische Nothwendigkeit, (z. B. wenn einer dereinst zur Zeit der gemeinrechtlichen Geltung

Digitized by Google

einer Carolina die, gesetzlich im gemeinen Recht noch nicht beseitigte Folter hätte wieder aufnehmen wollen ꝛc.), durch Principale, Collegen, Anwaltsschriften, durch Abstimmungen und Aenderungen seitens der höheren Instanzen ꝛc. begreiflich gemacht! — Dieser frühere vollständige Ausschluß des praktischen Rechts, selbst seines Präjudizes von einer Wissenschaft und unserer rein theoretischen historischen Litteratur seit Savigny nun aber hat bewirkt und erklärt auch jetzt noch, warum bisher ein, niemals in der Praxis geschulter, Theoretiker nimmermehr im Stande ist, durch noch so hervorragendes Talent die concludenten Gesetze der Praxis mittels Lehre und Wissenschaft selbst und allein je zu erfahren, welche uns doch eine Erfahrung durch Uebung des praktischen Rechts früher allein beizubringen vermochte. So erklärt sich vor allem die Unkenntnis und direkte Unfähigkeit selbst des größten, von der Praxis abgewandten Juristen unserer historischen Doktrin, das praktische Recht zu verstehen; eines Savigny selbst, welcher nie als Richter eine Praxis dauernd übte (selbst der Justizverwaltungsdienst eines Justizministers genügt nicht!), und überdies jede praktische Theorie, selbst das Präjudiz, von seiner Litteratur ausschloß. So erklärt sich auch thatsächlich allein die Möglichkeit der bisherigen tiefen Spaltung von Theorie und Praxis überhaupt und die Entstehung eines besonderen praktischen Rechts äußerlich!

Das alles ist freilich nicht immer so gewesen! Zwar ist es ja geschichtlich a) erstens wohl vom Anfange der Welt schon dagewesen, daß ein Rechtsleben und eine Gerichtspraxis allein ohne jede Theorie und Doktrin bestand. b) Zwar ist es zweitens schon dagewesen — was normal, wenigstens in Culturstaaten stets der Fall sein sollte — daß eine Theorie und Praxis vereint das Recht regelte; z. B. in Rom. c) Ein drittes aber, daß eine Lehre des Rechts gesondert, der Gesetze der thatsächlichen und wirklichen Uebungen des Rechts vollständig unkundig, und ein Leben und eine Praxis umgekehrt wieder gesondert ohne alle hinreichende Theorie vegetirte, das wäre einer antiken, classischen Welt neu gewesen und war in ihr noch nicht da! Dies ist erst seit dem Auftauchen einer doktrinären, zum Theil aprioristisch das lebende Recht in einer dereinst classischen römischen Vergangenheit noch gegeben wähnenden, mittelalterlichen Glosse möglich geworden! Eine solche Theorie mußte früher unbelehrbar sein, solange sie früher keine Präjudizien las und so gar keine Gelegenheit gehabt hätte, die zum Theil ganz andern Gesetze des lebenden und praktischen Rechts kennen zu lernen. Das wäre früher nur dadurch zu erreichen gewesen, daß ein, in den Uebungen der Praxis gedrillter Jurist die Gesetze dieser Uebungen endlich einmal aufzuzeichnen und auch so zu enthüllen versucht hätte! Auf diese Weise hätten damals Dritte erst erfahren, daß und wie ein Recht neben dem vergangenen und philosophischen Rechte existirt und möglich ist. — Treten wir jetzt der Geschichte dieser drei Fälle etwas näher! —

Digitized by Google

a) Daß ein positives Recht blos als praktisches oder angewendetes, d. i. ganz ohne Lehre oder Theorie bestand, ist in der Geschichte oft schon dagewesen: es ist dies sogar die regelmäßige „Entstehungsart" eines jeden geltenden Rechts. Aehnlich wie selbst einem Kinde schon seine Sprache geläufig ist, ohne daß es deren Regeln oder Grammatik kennt, so spricht auch jedes kindliche Volk sein Recht, ohne noch dessen Regeln oder Grundgesetze zu kennen; es übt diese Gesetze eben unbewußt infolge stillschweigender und concludenter, fortgesetzter Erfahrungen, niemals mißleitet durch aprioristisch doktrinäre Ideen, welche erst bei einem, durch Ueberkultur beleckten Volke einseitige gelehrte Doktrinen ohne Lebensübung beherrschen können: so ähnlich wie bei uns, als ob ein Recht beliebig blos aus Vernunft oder vollends blos aus einer Vergangenheit zu erkennen und anzuwenden sei! Auf diesem ersten Standpunkte eines „blos praktischen" Rechtes ohne jede Theorie stand der Uranbeginn der Rechtspflege aller Völker, anfänglich selbst Roms, stand das ganze germanische Mittelalter und steht noch heutzutage: das Recht unserer bisherigen Praxis, und zwar wohl in allen Culturstaaten der Gegenwart noch: Denn die Gegensätze zwischen Theorie und Praxis, wenigstens zwischen vergangener Geschichte und Leben sind wohl noch von keiner Wissenschaft bisher auch theoretisch gelöst, weil sie erst in nachrömischer Zeit, einer Zeit ohne gleiche Kraft, wie die des klassischen Rom, entstanden!

Beispiele. — Für Rom selbst, dessen Wissenschaft später doch zu einer hohen Classicität emporstieg, läßt sich eine lange Zeit nachweisen, innerhalb deren sein Recht noch ohne jede Wissenschaft oder Theorie geübt wurde. — So zunächst im römischen jus civile, diesem römischen Partikularrecht für cives, nicht für Fremde; für die neuen Bürger, gebildet aus Quirites und plebs, welche letztere sich erst mit Gewalt in den populus der Patricier eindrängten, und zwar in deren ad hoc geschaffenem jus strictum der XII Tafeln! Dies Recht nun war das Produkt einer Eifersucht und harter Kämpfe des alten populus der Patricier und der ursprünglich peregrina plebs. Seine Pflege wurde ebendeshalb von den Patriciern noch länger wie ein Geheimnis und Privilegium bewahrt. Deshalb ward es auch an einer aufklärenden Gesetzgebung ebenso gehemmt und ähnlich darniedergehalten, wie später das, lange niedergehaltene gemeine oder gemeinschaftliche Recht in Deutschland. Denn auch der Ausbau und die Aufzeichnung des Inhaltes dieses Rechts mittels Gesetzgebung war ja seit dem Mittelalter durch die Eifersucht zahlloser deutscher Territorialherrn gehemmt, welche die einheitliche Centralgewalt und ihre Gesetzgebung zu Gunsten ihrer eigenen Partikularmacht und Partikulargesetzgebung hintanzuhalten suchten! Und später wieder durch eine historisch romantische Schule, welche nur vergangenes Recht wollte! Beide also, das römische jus civile wie das gemeine deutsche Recht, bildeten sich eben deshalb vorwiegend nur durch die schützende Praxis

Digitized by Google

der Gerichte aus; durch eine Uebung, welche anfänglich nur den ausübenden Richtern, Anwälten ꝛc. bekannt, geläufig war. Diese Praxis aber war in Rom anfänglich infolge Verheimlichung durch die Patricier noch dunkler als bei uns; sie ward auch wohl ursprünglich durch eine, aus den Patriciern allein genommene Priesterrechtspflege sogar absichtlich geheim gehalten! Man mußte zwar aus Prozessen wohl einzelne Entscheidungen kennen lernen, aber nicht deren Organismus und Mechanismus, weder den vollen Inhalt, noch den Prozeß dieser Praxis, und selbst die einzelnen Präjudizien konnten in Rom ja noch nicht mittels einer „Presse" in Präjudizienſammlungen so allgemein zugänglich gemacht werden, wie bei uns! In Rom nun soll ebendeshalb erst im Jahre 450 der Stadt ein Schreiber des Appius Claudius, ein Gnaeus Flavius, das Haupt der bekannten forensis factio, die, von ersterem verfaßten actiones, deren Formeln, die Aufzeichnung der dies fasti ꝛc. veröffentlicht und durch deren Veröffentlichung der Oeffentlichkeit, namentlich aber der plebs, ein sehr angenehmes Geschenk bereitet haben. Und selbst auch damit begann in Rom vorläufig nur erst eine öffentliche Rechtskunde einer Praxis: einzelner, zuvor unbekannter, nur stillschweigend geübter Theile des jus civile und seines Prozesses. Eine eigentlich klärende Rechtswissenschaft, eine Theorie des, bisher nur durch Praxis ausgebildeten Rechts begann aber, selbst in Rom, auch damals noch nicht: Sie begann erst weit später! Von Fragmenten abgesehen sind zwar ihre ersten Leistungen für uns verloren gegangen. Ein Cicero, ein Pomponius aber lassen diese eigentliche Rechtswissenschaft des jus civile in Rom erst im 7. Jahrhundert der Stadt, etwa mit Mucius Scaevola, beginnen: So im jus proprium civile, im Partikularrechte der römische cives! — Noch später scheint eine eigentliche Wissenschaft im „gemeinen" Rechte in Rom, dem jus gentium; begonnen zu haben, welches einem gemeinschaftlichen Rechtsverkehre der cives mit den Angehörigen der civitates der Provinz, den Peregrinen, und zugleich einem freieren Rechtsverkehre der römischen cives unter sich selbst diente. Innerhalb dieses positiven gemeinen Verkehrsrechtes begann eine eigentliche Wissenschaft vielleicht erst mit den Commentaren der classischen Juristen zum Edikte des praetor peregrinus und mit dem Provincialjuristen Gajus ꝛc. Denn die früheren classischen Juristen cultivirten zumeist nur ihr jus civile wissenschaftlich. — Aehnlich also ist in unserem eigenen, germanischen Mittelalter wie auch jetzt noch das geübte, thatsächlich geltende, praktische Recht von keiner wissenschaftlichen Theorie unterstützt und noch nicht zu einem einheitlichen, wissenschaftlichen Systeme gefördert! — Zwar vorübergehend die Praktiker der verflossenen Jahrhunderte: der mos Italicus, der usus modernus pandectarum, und in den letzten Jahrhunderten die Aufzeichnungen des Präjudizes in Seuffert's Pandekten, welchen Windscheid und die Neueren darin nachahmten, einzelne Lehrbücher des deutschen Privatrechts, bereiten eine Kenntnis unseres lebenden und praktisch positiven Rechts wie

Digitized by Google

seines Präjudizes, wie erwähnt, im casuistischen Detail namentlich, vor; dessen unterstes, zwingendes Grundprinzip, dessen Begründung gegenüber den übrigen abweichenden Rechtsschulen aber ist für uns noch immer erst festzustellen!

b) Ebenso ist es, wie gesagt auch zweitens schon dagewesen, daß Leben und Lehre, Praxis und Theorie eins waren. Das leuchtendste Beispiel, wie gesagt, ist ja das classische Recht Roms selbst, seitdem dort eine eigentliche Wissenschaft entstand: Die meisten Fragmente der Pandekten Justinians, wie wir sehen werden, sind Präjudizien oder durch sie veranlaßt. Sie beweisen, daß die classischen Juristen Roms entweder selbst ausübende Praktiker oder doch mit dem Leben einig waren!

c) Das dritte aber, daß eine Theorie und Doktrin besteht und sich allein für berechtigt und gegeben hält, ohne daß ihr ein Leben und eine Praxis, kurz eine Wirklichkeit unbedingt noch entspricht, das ist, wie schon erwähnt, erst jetzt vorhanden und erst seit der Glosse, infolge der unmittelbaren Reception des antiken, zum Theil nicht mehr lebenden, sondern abgestorbenen, nur dereinst lebenden und classischen römischen Rechts, überhaupt wahrnehmbar. Ihm gegenüber besteht, wie gesagt, umgekehrt bei uns noch jetzt eine Praxis und ein praktisches Recht ohne ausreichende Theorie, ein geübtes Recht, dessen Jurisprudenz in Praxis wie Theorie noch nicht durchgängig weiß, warum sie von rein römischem Recht und von den extremen Doktrinen unserer Naturrechts- wie historischen Rechtsschule abweichen muß, — indem sie im Präjudize ein vielfältig anderes Recht (§ 2) darstellt oder adoptiert! — — Versuchen wir nun, dies noch jetzt gegebene Fortbestehen eines wechselseitigen theoretischen Unbekanntseins des Wesens eben dieses unseres lebenden und praktischen Rechts, wie bisher im Gleichnisse, so jetzt, was Grundgesetze, Principien anbelangt, sowohl innerhalb unserer heutigen Doktrin, als selbst innerhalb unserer heutigen Praxis möglichst realistisch zu photographiren! — —

Das Recht der Doktrin unserer heutigen historischen Schule vor allem, welche, wie gesagt, noch heute unsere Universitäten, nicht aber das Leben und die Gerichte, und auch unsere Universitäten selbst nicht mehr kasuistisch, sondern nur principiell beherrscht, ist in der That eine Theorie ohne entsprechendes Leben und Praxis; entsprechend dem, soeben unter c) geschilderten Rechtszustande. Es vermag als Recht einer „Vergangenheit" mit diesem seinem historischen Schulprincipe ebendeshalb das Wesen des, heutzutage thatsächlich allerorts geltenden praktischen Rechts niemals zu begreifen und zu erklären, geschweige, selbst praktisch geltendes Recht darzustellen; dasselbe wird immer wieder seinen Ausgangspunkt von der gesammten „Vergangenheit", von dem vermeintlich unbedingt positiven, rein römischen Rechte, nicht von dem positiven Leben der Gegenwart (Einleitung Ziff. 1) nehmen, und vermag deshalb nicht immer und nicht nothwendig zum geltenden lebenden Rechte zu gelangen. Der auf unseren Universitäten allein

Digitized by Google

in diesem „vergangenen" Rechte" Ausgebildete ahnt somit unter Umständen gar nicht, daß und warum ein anderes geltendes Recht in der Praxis da sein muß. Ihm wurde ja dort von einer historischen Schule gar nichts anderes gelehrt, als die ausschließliche Möglichkeit der beiden Extreme, daß alles Recht: entweder von einer zu verdammenden Naturrechtsschule aus der Vernunft allein „geschaffen", oder in der geschichtlichen Vergangenheit der historischen Schule allein bereits fertig „gegeben" sein müsse. Ein drittes, ein geschichtliches Leben des Rechts mit Geist und Körper existiert für ihn in der Anwendung nicht. So beherrschen aber die einseitigen extremen Gesichtspunkte: „Naturrecht und vergangene Geschichte" ausschließlich seinen Gesichtskreis; er ahnt auch nicht, daß sich das Naturrecht, zwar nicht mechanisch, wohl aber organisch mit einer Geschichte verbunden, an einem lebenden Rechtskörper vorfinden kann und muß (§ 1, 5 III, § 6 I a), und wie die von ihm anerkannten Rechtsquellen dies gebieten (§ 5, § 6 II). Er hält deshalb dies, beide Schulen organisch verbindende, praktische Recht für Willkür (§ 5) und für alles eher, als für Recht. — Diese Doktrin ist der Cultus der Antike durch einen Winkelmann in der Kunst! Auch diese Zeit hielt ja das Leben nie mehr für fähig, überhaupt eine gute Plastik zu Tage zu fördern. So mußte auch, namentlich der Romanismus unserer historischen Doktrin mit seinem Rechte der römischen Vergangenheit, in einem einseitigen Gegebensein der klassischen, dereinst zweifellos lebenswahren und praktischen Antike erstarren, ohne daß er doch heutzutage selbst je wieder ein solch' klassisches lebendes Recht wird erzeugen können. Weil ja doch classisch — in einer praktischen Wissenschaft, wie dem Recht, wie wir sehen werden, (§ 3 II A 1, § 4 B) — nur eine vollendete, wahre Auffassung, Spiegelung und Ordnung eines, im jeweiligen Leben gegebenen oder geltenden Rechts sein kann! Dieser Romanismus mußte so aber seit der Glosse in eine bloße Gelehrsamkeit, in einen bloßen Doktrinarismus ausarten, dessen Abweichungen von einer gegebenen, lebenden Wirklichkeit ebendeshalb keinen Selbstzweck und Sinn haben. Der fragliche Romanismus, der historischen Schule und seit der Glosse, ist so nur ein Recht zum Gebrauche: für Professoren auf dem Lehrstuhle: weil diese das, von ihnen gelehrte Recht nur zu lehren, niemals aber selbst anzuwenden brauchen, ferner für „verlegene" Praktiker, welche für andere ein enfant terrible abgeben, (§ 4 D IV) und, soweit er nicht wahre Rechtsgeschichte ist, zur Anwendung und nutzlosen Plage für Schüler auf Universitäten, welche dann eben beim Uebertritt in eine Praxis und eine Habermeier-Periode rasch ihre mitgebrachten dogmatischen Antiquitäten abschleifen müssen! Weder wahres geltendes und anwendbares Recht demzufolge, noch auch wahre „Rechtsgeschichte" aber, wie wir sehen werden (§ 2 Ziff. IV, § 3), ist dieser Romanismus, so daß wir aus der Gegenüberstellung der Rechtsgeschichte schon erkennen könnten, wie anders unser lebendes Recht gilt! Denn infolge der falschen Annahme, daß das heutig Geltende oder die heutige „Geschichte",

Digitized by Google

das heute Geschehene, identisch sein müsse mit der gesammten antiken „Vergangenheit"! trägt er auch nur wieder seine eigenen Ideen einer geschichtlichen Gegenwart in die, nicht selten ganz andere Geschichte einer Vergangenheit, einer Antike hinein! Sein „heutig römisches" Recht ist so hie und da ein Widerspruch mit sich selbst, ein unmögliches Mittelding zwischen wahrer Antike und wahrem, positivem, heutigen Leben. Es ist nicht selten nur eine unmögliche Zusammenschachtelung antiker und heutiger germanischer ꝛc. Pole: einer Vergangenheit und Gegenwart: nur ein Zerrbild einer Identifizierung eines antiken und lebenden Rechts (§ 2 IV)! Zudem schließt ja diese Doktrin der historischen Schule, wie gesagt, das rein praktische Recht principiell aus der, von ihr allein beherrschten wissenschaftlichen Litteratur aus; so versetzt sie sich überdies selbst in die Unmöglichkeit, je selbst ein Leben wissenschaftlich beherrschen, kennen lernen und erklären zu können. So umzieht schon vor allem das Auge unserer historischen Doktrin ein Schleier gegenüber einer Wirklichkeit, ohne daß vor allem von ihr die Möglichkeit einer Lüftung des Schleiers unseres lebenden praktischen Rechtes so leicht zu erwarten stünde! Sie müßte erst ihr Princip, ihre Schule abwerfen, um nicht blos vergangenes Recht sehen zu wollen, sondern auch lebendes!

Aber noch mehr und noch unglaublicher, auch unsere Praxis selbst, — auch sie, die ausübende Praxis! — beherrscht, wie durch die früheren Jahrhunderte seit der Glosse, so auch noch jetzt in der Gegenwart, nicht minder dieselbe, wenigstens theoretische Unklarheit über ihre eigene Uebung, über deren Wesen und über ihre zwingenden Gründe. Ohne bewußte Wissenschaft oder Theorie, ohne andere über ihr Thun belehren und sich Rechenschaft geben zu können, ist sie unbewußt und concludent zu so erheblichen Abweichungen von dem Rechte der gesammten Vergangenheit, von dem römischen Rechte der Glosse bis herab zu dem Savignys, genöthigt, weil ihr keine praktische Wissenschaft zur Seite steht! Auch unser praktisches Recht nämlich muß sich so vielfach noch zur Begründung seiner, von unserer Doktrin abweichenden Rechtsdarstellung auf die Phrase „Praxis" allein stützen; obwohl doch eine „Praxis" an sich möglicherweise nichts, gar kein Recht und ebensowenig eine unbedingte positive Rechtsquelle sein kann, als etwa die entgegengesetzten Phrasen: „Doktrin", „Theorie", „Geschichte" allein, ohne daß diese alle einer positiven Rechtsquelle entsprechen. Denn auch ein Urtheil der „Praxis" kann ja falsch urtheilen! Auch ihr somit fehlt häufig ein klares Bewußtsein der eigentlich juristischen Gründe ihres eigenen positiven Handelns! Sie kann sich damit ihr Thun weder selbst juristisch rechtfertigen, noch auch andere, insbesondere angehende Praktiker und eine Doktrin, von ihrem korrekten Thun und seiner Berechtigung sofort überzeugen, solange auch sie dieses ihr Thun nicht in wissenschaftliche Gründe, Principien, in eine Theorie oder „Schule" einzukleiden vermag. Wie somit unserer wechselnden, zum Theil aprioristischen Doktrin das gegebene praktische

Digitized by Google

Leben, so fehlt umgekehrt unserem praktischen, lebenden Rechte seine ausreichende Theorie und Doktrin!

Wollen wir greifbarere Beweise, wie sehr die Grundgesetze unseres praktischen Rechts innerhalb unserer Praxis selbst auch jetzt noch auf unbewußter Uebung beruhen, und wie dieselben ohne Unterstützung durch eine praktische Wissenschaft oder Theorie, auch jetzt noch unserer Praxis selbst unverständlich sein können; umsomehr also anderen? Solche Beispiele haben wir ja zu bieten versprochen. Sie ergeben wohl schon äußerlich folgende überraschende Erscheinungen, werth, gleichfalls photographisch ganz nach der Natur geschildert zu werden. — Diese wissenschaftliche Unklarheit nämlich unseres praktischen Rechts zeigt sich beispielsweise, wie erwähnt, schon bei dem Uebertritt der jungen Juristen von der Universität, soweit deren historische Schule bisher ein zum Theil ganz anderes, vergangenes Recht — ihr Recht der gesammten Vergangenheit — lehrt, in die Praxis. Diese, in eine historische Theorie, in ein vergangenes Recht eingetauchten Themisjünger nun verstehen das, zum Theil ganz andere Recht der Praxis, namentlich deren Neubildungen, z. B. das praktische Besitzrecht des Detentor, anfänglich noch nicht; sie entscheiden nach Savigny's historisch vergangener Lehre und verballhornen so so manchen Rechtsfall. Diese Uebergangsperiode von der historischen Schule zur Praxis ist es nun, welche bekanntlich bereits Ihering mit seiner „Habermeierperiode" bezeichnet! Davon unten materielle Beispiele (§ 4 A Ziff. 5 und am Schlusse des § 4 A). Ueber dies andere Recht nun klärt die jungen Leute noch keine Theorie auf, welche sie systematisch nachlesen könnten, sondern nur die stillschweigende Uebung der Praxis, weil eine praktische Theorie einfach noch nicht besteht! — Dasselbe wissenschaftliche oder theoretische Unbekanntsein des praktischen Rechts mit dessen eignen, von ihm nur geübten, dasselbe leitenden Regeln zeigt sich aber dann wieder in der Praxis selbst: in dem alsbaldigen Vergessen der, von ihr selbst nur concludent geübten Grundgesetze, Institute und Rechtssätze, sobald die Praktiker selbst auch nur zeitweise aus der Uebung einer Civilrechtspraxis heraustreten! Auch sie können alsdann dies, zum Theil ganz andere Recht sich im Gedächtnisse nicht durch Nachlesen in einem Lehrbuche ꝛc. wieder auffrischen, weil eine solche praktische Theorie eben noch nicht besteht, und die bisherige historische Theorie sie nur irreführen würde! Auch sie müssen das praktische Recht alsdann im Falle eines Vergessens erst neuerdings wieder aus einer Erfahrung und Uebung erlernen, weil sie so durch Nichtübung der Civilrechtspraxis „verlegen" werden. Dieses „Verliegen" wäre sofort im Wesentlichen zu beseitigen, sobald einmal die Grundgesetze wie die Detailabweichungen des praktischen Rechts von der Art des § 2 I 2, diese fortwährenden Neubildungen des Lebens des Rechts, auch systematisch von einer praktischen Theorie (der Praxis selbst oder einer Theorie oder Doktrin) begriffen und systematisch, nicht blos in zerstreuten Präjudizien, aufgezeichnet werden. Noch jetzt aber erfahren

Digitized by Google

fortwährend unsere besten Praktiker dieses „Verliegen" im praktischen Civilrechte an sich selbst, sobald sie aus der Civilrechtspraxis treten! Beispielsweise alle die Praktiker, welche längere Zeit hindurch als Untersuchungsrichter, Staatsanwälte, Justizverwaltungsbeamte 2c. einer Civilrechtspraxis ferne stehen! Sie verlernen bekanntermaßen möglicherweise mit der Unterbrechung der Uebung, mehr oder weniger, dies geübte und sich noch fortwährend entwickelnde praktische Civilrecht wieder. Ein erschreckendes derartiges Beispiel werden wir in § 4 D IV kennen lernen: einem Vorstand, welcher Richter maßregelte, weil sie nicht, wie er, „verlegen" sind! Der allgemeine übliche Ausdruck der Praxis selbst hiefür ist bekanntlich: ein, sich in der Civilrechtspraxis „Verliegen". Solche Praktiker gestehen es offen zu, daß sie in dieser Praxis „verlegen" sind. Die Regierungen erkennen dies an, indem sie heutzutage Staatsanwälte, Untersuchungsrichter nach einiger Zeit immer wieder zugleich zu einer Civiljudikatur zurückversetzen. Dies soll ein Verliegen verhüten; denn das Strafrecht kommt für sie nicht außer Uebung; dieses eben würde ein Zurückversetzen nicht erfordern; also wohl nur das Civilrecht! Auch selbst schon die dauernde Scheidung der Richter in Civil- und Straf-Kammern oder Senate nach der jetzigen Reichsgesetzgebung könnte dies, bei längerer einseitiger Dauer der Beschäftigung im Strafrechte allein, einigermaßen fühlbar machen, während die frühere Praxis allerdings, — infolge ihrer fortgesetzten Beschäftigung in Civil- und Strafrecht zugleich — dies Verliegen überhaupt weniger kannte. Hier läßt sich zwar bei den unteren Instanzen, ohne den Zweck einer nicht willkürlichen Besetzung der Gerichtshöfe zu verletzen, diese Entfremdung im Civilrechte vielleicht noch leicht dadurch vermeiden, daß, soweit möglich, alle Richter ständig zugleich einer Civil- und Strafkammer 2c. zugetheilt werden. Ohne diese Auskunft aber würde eine feinere Fühlung dieses Entfremden gegenüber dem jetzigen praktischen Civilrechte schon vielleicht nach wenigen Jahren ersehen können. — Von diesem „Verlegensein" nun mag ein Theil auf Rechnung des Gedächtnisses gehen, welches das umfangreichere Material des praktischen Civilrechts überhaupt weniger leicht behält; ein anderer Theil aber beruht ganz sicher auf dem „anderen" Rechte, auf dem Außerübungtreten in der, nur stillschweigend und zum Theil unbewußt geübten Darstellungsweise, auf dem unbekannten Wesen des praktischen Civilrechts, welches auf unbewußt aber concludent geübten, anderen Grundprinzipien wie anderem Detail ruht, als das geschriebene und gelehrte Recht unserer Civilrechtsdoktrin, als das Strafrecht wie das Verordnungswesen einer Justizverwaltung (§ 2 I 2, § 5—7). — — Deshalb müssen sowohl Doktrin als Praxis dessen Wesen erst kennen lernen! — —

4. Methode unserer empirischen Untersuchungen zur Lösung unserer beiden Aufgaben und Grundfragen unter Ziff. 1 und 2: über das unbekannte „Wesen" eines gesonderten praktischen Rechts und die Wiedervereinigung der trostlosen „Spaltung" unserer Theorie und



Digitized by Google

Praxis. — Wollen wir nun bei der vollständigen Unklarheit dieses Wesens eines lebenden Rechts unter den Fittigen unseres praktischen Rechts dennoch endlich unseren beiden, soeben angeführten Grundfragen näher treten: wie gedenken wir dies zu beginnen? Wie schon erwähnt: eine Lehre und eine Theorie, aus welcher wir die treibenden Grundgesetze dieses unseres gesonderten praktischen Rechts ersehen und den Grund seiner Spaltung von unseren bekannten doktrinären Schulen wahrnehmen könnten, ist ja bisher noch nirgends offen dargelegt: Dies besondere praktische Recht vielmehr wird bisher allseitig nur stillschweigend und concludent geübt! Eine zu allen Tiefen hinabgehende Lehre des Wesens des Rechts zudem ist überhaupt nicht denkbar! Weil ja der Grund der Dinge und ein absolutes Recht der Menschheit verborgen bleibt, (cf. E. J. Bekker, Ernst und Scherz S. 37 ff.). Wir müssen uns deshalb auf die **empirische** Darstellung der „Erscheinung" des realen Rechts und damit auch unseres praktischen Rechts beschränken. Deshalb werden wir hier unter dieser Ziffer 4 versuchen, I. zunächst mit allgemeinen „inneren" Erklärungsversuchen der Entstehung eines besonderen gelehrten und besonderen praktisch geübten Rechts zu beginnen; und zwar α) vor allem mit der Untersuchung der ersten geschichtlichen Entstehung des besonderen praktischen Rechts, d. i. der ersten Spaltung unserer Doktrin und Praxis; β) ferner mit einer Untersuchung der Motive dieser Spaltung, und γ) endlich mit einer äußeren Erfahrung oder empirischen Erforschung solcher materieller Erscheinungen und Eigenschaften, welche etwa auf das innere Wesen unseres gesonderten praktischen Rechts einen Rückschluß gestatten. — Reichen diese inneren Erklärungsversuche voraussichtlich trotzdem noch immer nicht vollständig hin, um speciell zu ermitteln, warum gerade im letzten Jahrhunderte auch noch die Doktrin unserer „historischen Schule" speciell wieder von neuem, und weit intensiver als zuvor, das Recht von Leben und der doch allein real geschichtlichen Praxis spaltete, dann werden wir wohl uns entschließen müssen, II. weiter zu concreten „äußeren" Erklärungsversuchen der neuerlichen Lostrennung — unserer historischen Doktrin seit Hugo und Savigny speciell von Leben und Praxis — zu schreiten.

I. Allgemeine „innere" Erklärungsversuche der Entstehung und des ersten sich Spaltens eines besonderen praktischen Rechts von unserer Doktrin.

α) Erste historische Entstehung eines besonderen praktischen Rechts zur Zeit der Glosse. — Die Entstehung eines praktischen Rechts im Allgemeinen haben wir soeben unter Ziff. 3 bereits ermittelt: Nicht ein gelehrtes Recht einer Theorie, sondern das praktische, vor den Gerichten geübte mußte überhaupt das ältere Recht sein: Es besteht unzweifelhaft schon, solange überhaupt Rechtsprechung und Gerichte bestehen. Eine eigentliche Rechtswissenschaft überdies neben einer Praxis entstand auf der Welt im Grunde überhaupt wohl erst seit

Digitized by Google

den Römern, nachdem das praktische Recht schon längst in Thätigkeit war: erst nach dem Schreiber Gnaeus Flavius und etwa seit Mucius Scaevola. Auch in Rom selbst aber konnte ein „besonderes" praktisches Recht, getrennt von einer besonderen, für sich abgeschlossenen Wissenschaft oder Theorie, noch nicht entstanden sein; denn wir haben ja bereits weiter erwähnt, wie in Rom die Rechtswissenschaft noch immer eine zugleich praktische, wie die großen römischen Juristen zumeist selbst ausübende Praktiker waren, und daß daher hier von einer Trennung von Theorie und Praxis noch niemals die Rede sein konnte! Ebensowenig endlich auch im deutschen Mittelalter: Denn hier bestand fortwährend nur eine Praxis ohne wissenschaftliche Theorie; ihm erschloß sich ja selbst eine eigentliche Rechtswissenschaft erst mit der Reception des römischen Rechts! Das erste Auftauchen eines „gelehrten" römischen Rechts also, welches dem Leben und einer Praxis mehr oder weniger entrückt war, findet sich überhaupt, wie gesagt, erst seit der unmittelbaren Reception des hochvollendeten, zum Theil aber für heutiges Leben und Praxis abgestorbenen römischen Rechts durch die mittelalterliche Glosse. Diese Glosse war somit im Grunde thatsächlich, wenn auch theoretisch unbewußt, eine erste aprioristisch-historische Schule eines Rechts der „Vergangenheit". Von ihr mußte sich so zuerst ein, in der jeweiligen Gegenwart „lebendes" praktisches Recht absondern: ganz wie später von der, eigentlich so genannten, historischen Schule Hugo's und Savigny's seit Ende des 18. Jahrhunderts: Vor der Zeit dieser Glosse ist wenigstens keine Doktrin bekannt, welche mit dem Leben und der Praxis in einen principiellen, greifbaren Gegensatz getreten wäre. Diese Glosse mußte also wohl auch das erste und einzige nennenswerthe Beispiel eines besonderen Gelehrtenrechtes, neben und verschieden von einem besonderen praktischen Rechte, gewesen sein. Die Möglichkeit dieser Entstehung entspricht überdies den Lebensbedingungen jener mittelalterlichen Zeit. Eine Spaltung der Lehre von einer Wirklichkeit konnte nimmermehr bereits das Werk der thatkräftigen, classisch einsichtigen Römer gewesen sein! Diese Trennung vielmehr war erst einer kraftloseren Zeit vorbehalten: Sie war das Werk emsiger, noch historisch an dem „Buchstaben" des übermächtigen römischen Rechts haftender, von ihm einseitig geblendeter magistri einer Glosse des Mittelalters, welche deduktiv oder aprioristisch dies frühere antike Recht zu lehren und hochzupreisen begannen, ohne daß sie dasselbe durchgängig verstanden und selbst aus fortwährender Erfahrung des Lebens ersahen, ob jede Partikel desselben noch den gegebenen Thatsachen, dem Leben, den positiven Rechtsquellen, der Möglichkeit der jeweiligen Gegenwart entsprach und „lebte"; von Theoretikern somit, welche so auch nicht verstanden, dies gewaltige Weltrecht auch materiell lebensvoll zu durchdringen, zu beherrschen und organisch mit dem Leben des Rechts ihrer Zeit und dessen Gesetzen oder Quellen zu vermählen! — Anderseits mußte die Entstehung dieses besonderen praktischen Rechts, dessen



Digitized by Google

Theorie oder Grundsätze man noch nicht wissenschaftlich kannte, sondern nur stillschweigend übte, aber doch auch befördert worden sein, durch eine schwache, unwissenschaftliche Praxis selbst, welche die eigenen, sie selbst unwillkürlich zwingenden Gründe noch nicht, ebensowenig wie die damalige Doktrin, in die Sprache des Rechts zu übersetzen, zu vertreten und damit der Oeffentlichkeit darzustellen wußte; durch eine Praxis, welche ihre Grundgesetze nur übte, welche die Resultate, die Präjudizien, casus und Weisthümer nur casuistisch, ohne leitendes Princip und System aufzuzeichnen und nur etwa später zu commentieren wußte! — —

Damit haben wir wohl eine erste geschichtliche Entstehung der Spaltung von Theorie und Praxis ersehen. Diese Entstehungsgeschichte aber an sich zeigt noch leider nur diese äußere Thatsache der Entstehung, noch nicht unser Thema der Ziffer I, noch nicht das Wesen des praktischen Rechts eingehender; wir werden daher jetzt weiter zunächst auf die Motive dieser Spaltung eingehen müssen, um etwa hieraus das „Wesen" dieses besonderen praktischen Rechts näher zu ermitteln!

β) Die äußerlich erkennbaren Motive der Spaltung. — Der eigentlich treibende, äußere Beweggrund dieser mittelalterlichen Entstehung einer besonderen Lehre, verschieden von dem Leben des Rechts, welch' letzterem die Praxis folgt, war unzweifelhaft der folgende. Die mittelalterliche historische Doktrin seit der Glosse erkannte zwar einseitig die hohen formalen Vorzüge des dereinst lebenden und classischen Weltrechts der Römer. Bei dessen formalen Vorzügen alsdann schwelgend und von dem hohen Glanze dieses so plötzlich wiederauftauchenden Phänomens geblendet, aber blieb diese Doktrin beim römischen Rechte stehen und verkannte sie anderseits geradezu so manche materielle Mängel, Unzulänglichkeiten wie Unmöglichkeiten desselben für das materiell fortschreitende Leben einer jeweiligen Gegenwart, welche umgekehrt unsere Praxis zwangen, durch Neubildungen (§ 2 I 2) von dem reinen römischen Rechte abzuweichen: Während doch die Wahrheit und Vollendung, die Größe und Classicität einer Rechtskenntnis als einer praktischen Wissenschaft gerade in einer Verbindung, in einer Identität des unmittelbaren Erfassens und Schilderns des gegebenen oder positiven, materiellen „Lebens" des Rechts wie seiner Formeln mit diesem wirklichen Leben selbst wird liegen können; so wie dies die Wissenschaft der großen Römer eben seiner Zeit gezeigt! — So spaltete sich Theorie und Praxis äußerlich! —

Gewähren wir uns hier eben deshalb den kurzen Augenblick eines Ruhepunktes zu einer vergleichenden Ueberschau! Ueberblicken wir den juristischen Werth der beiden verschiedenen, spaltenden seitherigen Rechtsdarstellungsweisen: eines rein römischen Rechts unserer bisherigen romanistischen Doktrinen einer-, und eines unbewußt oder unwissenschaftlich lebenden Rechts unserer Praxis anderseits speciell, und untersuchen wir so: Was waren so beiläufig die äußeren Vorzüge einer Reception des dereinst classischen römischen Weltrechtes,

Digitized by Google

und was sind noch heutzutage dessen äußere Nachtheile? — So wird sich nun zeigen: Diese äußeren, unsere Doktrin einnehmenden Vorzüge des antiken römischen Rechts werden, wie gesagt, im Allgemeinen sein: eine zuvor noch nie dagewesene, unsere Doktrin allein schon bestechende hohe Formvollendung. Die äußerlich erkennbaren Mängel und Unzureichendheiten dagegen dieses classischen römischen Rechts für das heutige Rechtsleben und unsere Praxis (nicht für die Zeit der Römer selbst) aber sind im allgemeinen: eine zum Theil materielle Unwahrheit der Darstellung des heutigen positiven Lebens des Rechts: Denn das geschichtliche Recht lebt, bewegt und ändert sich, und kann deshalb heutzutage von einem Rechte der antiken Vergangenheit nicht mehr materiell schon unbedingt wahr dargestellt werden!

Die Form. — Solche äußerlich erkennbare formelle Vorzüge des klassischen römischen Rechts sind aber folgende: — Erstens eine möglichste Erschöpfung und Beherrschung des früher gegebenen, mit dem heutigen vielfach gleichartigen, faktischen Materials des Rechts überhaupt: fast sämmtlicher Fragen nämlich, welche sich bereits im antiken Rechtsverkehre aufwerfen konnten! Die römischen Ueberlieferungen des corpus juris waren so nicht umsonst, sie waren mit Recht als „Pandekten" (von παν-δέχομαι) und Digesten (von digerere) bezeichnet. Denn sie enthielten nicht nur eine Sammlung, soweit möglich, aller, sich im antiken Rechtsverkehre aufwerfenden Rechtsfragen und ihre Abstraktionen, sondern sie führten dieselben, von ihren allgemeinsten Grundsätzen oder Principien ausgehend, mittels ihrer ratio auch meisterhaft zu ihren Consequenzen; zu einem reichen Detail, zu einer Casuistik aus. Sie zeigen so das, was man eine Vereinigung einer induktiven und deduktiven Methode nennt (Einleitung Ziff. 1, II, S. 30). Etwa die Hälfte der lebenden Rechtsfragen der Gegenwart sind vielleicht heute noch völlig identisch mit diesen antiken und so bereits gelöst! Unsere Wissenschaft wie unsere Gerichte finden daher noch heute und ewig im corpus juris für zahllose Rechtsfragen bereits eine völlig entsprechende klassische Entscheidung parat! Warum sollte man ein solches Recht nicht insoweit allseitig und ewig achten und bis zu einer gewissen Grenze mit Genugthuung recipieren? — Ein zweiter Vorzug ebendeshalb des römischen Rechts war: Das äußere formale Vorfinden eines materiellen Systemes, eines materiellen Baues: der materiellen Construktion. Man fand im römischen corpus juris zugleich eine consequente, organische, (formell geordnete), materielle Ordnung des überreichen Stoffes des antiken Rechtslebens. Jede Einzelfrage fügte sich da materiell unter ein bestimmtes plastisches Institut oder Reat, welches Gattungsbegriffe an ein größeres Ganze fügen; diese plastisch gegebenen Gestaltungen der Institute und Reate durchziehen dann in ihrem Innern consequente Rechtsregeln; bald als allgemeine Principien, bald als unentbehrliche casuistische Rechtssätze. Nicht jedes lebendes und geltendes, aber bisher noch ungeordnetes, Recht nämlich zeigt materiell — in seiner Darstellung — sofort auch

Digitized by Google

schon eine solche, in der Form der Schrift, in einem schriftlichen Systeme dargestellte Ordnung. So etwa auch im sonstigen organischen Leben! Es lebt materiell vergleichsweise ohne Zweifel auch ein Urwald; bei ihm hat aber noch keine Forstkunde das Wachsthum controliert, die Quantität, die Gattungen und Arten des Holzes gesichtet, Wege, Schlagregister angelegt, und die materielle Cultur der devastierten Partieen in die Hand genommen, so daß man auf dem Papiere mittels Schrift das Material beherrschen, ausbeuten und benützen, wie seine Nutzung kontrolieren könnte. Er erscheint der Forstkunde und Forstwissenschaft gewiß noch als wildes Chaos: Im römischen Rechtssysteme nun findet sich, wenn wir dies, wenn auch nur wenig nahekommende Gleichnis anwenden wollten, eben dies scheinbare Chaos manches sonstigen wild wachsenden Rechts: — das Chaos beispielsweise der mittelalterlichen, bunt durcheinander geworfenen Schöffensprüche, Weisthümer 2c. — bereits materiell klassisch geordnet und ausgebaut! — Endlich ein dritter, formaler Vorzug des römischen Rechts zeigt eine klassische formale Technik, die formale Construction! Formal nämlich erleichtert die Beherrschung dieser Rechtsmassen auch noch eine, je durch einen terminus technicus bezeichnete Abstraktion eines Rechtsbegriffes aus dem Faktum, eine Vervollkommnung und Verflüchtung des Rechtsstoffes zu formalen Rechtsbegriffen! Dies letztere gestattete von jetzt an, nach Savigny's treffendem Ausdrucke, ein „Rechnen mit Rechtsbegriffen". Wir werden dies uns etwa so versinnbildlicheu können. Im alltäglichen Verkehre ersparen wir ja gleichfalls ein Vorzeigen, Zählen, Wägen 2c. von bestimmten Stoffen und Massen, indem wir diese Massen in Begriffe von Gattungen und Arten (das Getreide: in Weizen, Korn 2c.), diese nach bekannten feststehenden Quantitäten oder Massen unter die Zahlengruppierungen von 1—9 und ihre Decimalrechnung einfügen, und so nur technisch berechnete Quantitäten veräußern 2c. So schon im alltäglichen Leben etwa, wenn bei uns der Forstmann 10 Ster Buchenholz I. Classe verkaufen würde! So ähnlich erspart sich aber der Jurist die mechanische Aufzählung und Wiederholung der faktischen Voraussetzungen, des faktischen Materials des „Rechtsfalles", mittels dessen der Laie beispielsweise das Vorliegen eines Eigenthums, Erbrechtes, Kaufes 2c. mühsam erst versinnlichen und darlegen zu müssen glaubt. Unsere Juristen fassen jetzt auch dies gesammte faktische Material eines Rechts einfach in solche technische Begriffe zusammen und „rechnen" für diese Begriffe oder Institute mit den, für dieselben bereits fertig gestellten Regeln. Z. B. in dem einfachen Satze: die Eigenthumsklage verjährt in 30 Jahren!

Solche dreifache Vorzüge also: ein Erschöpfen der Masse des faktischen Materials, ein materielles System und eine formale Technik des dereinst in Rom lebenden Rechtes kannte vor dem römischen Rechte keine einzige der früheren, meist barbarischen Rechtsaufzeichnungen und wohl wenige oder keine nach ihm in gleicher Weise. Auch

Digitized by Google

das praktische Recht schätzte ja deshalb diese Vorzüge von jeher hoch; auch die Praxis — nicht blos die Doktrin seit der Glosse — recipierte ja eben dies römische Recht selbst: soweit es noch lebendes Recht war. Nur deshalb spaltete sich seit der Glosse eine Doktrin von der Praxis, weil jene das römische Recht materiell rein pflegte!

Der materielle Inhalt. — Nur in Beziehung auf den jetzt zu betrachtenden materiellen Inhalt gingen die Wünsche der Theorie und Praxis seit der Glosse auseinander, die Bewunderung der formalen Vorzüge des römischen Rechts seitens der Theorie berührte die Praxis nicht gleich mächtig. Diese ließ letztere dahingestellt: Unsere Praxis erkannte aber im römischen Recht alsbald materielle Mängel, welche der, mit der vollendeten Form allein sich beschäftigenden, dem materiellen Rechtsleben fernerstehenden Doktrin seit der Glosse umgekehrt unbekannt verblieben! Solche materielle Mängel des römischen Rechts sind: — Einmal dessen nothwendig entstehenden theilweisen Antiquitäten. Diese lehrte die abstrakte Doktrin seit der Glosse bis zu unserer deutschen historischen Schule nicht selten mehr oder weniger ungesichtet und unverdaut fort. Sie erfährt gar nicht, daß manches im Leben unbrauchbar ist. Die Praxis dagegen konnte materiell nur das, wirklich noch lebende Recht verwerthen und konnte darin der Doktrin nicht unbedingt und nicht ohne Schädigung des Rechtslebens folgen! Weniger bewußt zwar hegte noch die mittelalterliche Glosse selbst diese Antiquitäten; diese wollte wenigstens das Abgestorbene selbst beseitigen; dadurch schon, daß sie nicht alles reine antike Recht als geltendes glossierte, soweit ihr diese Unanwendbarkeit selbst als eine krakte erschien. Aber die mangelhaften Einblicke der Doktrin der Glosse in die antike römische Rechtsgeschichte einer-, wie in die Construktion des eigenen damaligen Rechtslebens anderseits bewirkte nichtsdestoweniger, daß auch sie schon unbewußt manche Antiquitäten beibehielt, welche die, zur Zeit der Glosse noch auftauchende, praktische Richtung (§ 3 I) schon als unanwendbare erkannte. Seit der historischen Schule in Deutschland endlich, seit dem verflossenen Jahrhunderte dagegen ward umgekehrt ein aprioristisch bewußter Cultus von Antiquitäten geradezu Schulprincip. Diese Schule zog auch selbst die, von Justinian bereits beseitigte vorjustinianische Jurisprudenz nicht blos in ihre Rechtsgeschichte, sondern auch in ihr Dogma herein! Schon von Hugo rührt ja der bekannte, unglaubliche, trostlose Satz, daß ein Recht umsomehr wissenschaftlichen Werth haben sollte, je weniger es praktischen habe!! Und Savigny erhob die Möglichkeit einer Antiquität geradezu zum bewußt wissenschaftlichen Schulprincip: alles geschichtlich lebendes Recht sollte schon durch die gesammte „Vergangenheit" der Nation gegeben sein; durch rein römisches und sonst vergangenes Recht! Damit aber erst ward der Stillstand — möglicherweise bei Antiquitäten — bewußtes Schulprincip. — Ein zweiter materieller Mangel der alleinigen Pflege des römischen Rechts war umgekehrt, daß das Studium des vergangenen Rechts allein der Jurisprudenz

Digitized by Google

noch unmöglich zeigen konnte, worin es für das jetzige Leben auch bereits unzulänglich sein mußte, so zwar, daß Neubildungen des Rechts nothwendig erschienen! Solche Fälle waren von zweierlei Art. Einmal nämlich gab es Fälle, in welchen Antiquitäten beseitigt werden mußten, weil geschichtlich an deren Stelle Neubildungen als anderes Recht getreten waren. Zweitens gab es aber auch Fälle völlig neuer Rechtsbildungen, welche Rom thatsächlich noch gar nicht kannte, so daß in diesen Fällen überhaupt zum ersten Male eine Rechtsdarstellung geboten war. — Beispiele beider Fälle, in welchen so auf verschiedene Weise materielle Neubildungen eintreten mußten, zeigt der § 2 I 2 und § 2 II a. Das Dasein solcher Bewegungen des Rechts erfährt die Doktrin nicht, welche sich blos mit vergangenem römischen Rechte beschäftigte! So mißachtete die historische Doktrin von jeher die Lösung der neu auftauchenden materiellen Tagesfragen mehr oder weniger. Diese überließ sie von jeher der Praxis allein: dem Präjudize oder der praktischen Gesetzgebung. —

Die historische Doktrin seit der Glosse nun ersah nur die formellen Vorzüge des römischen Rechts, nicht die materiellen Mängel in Folge des Daseins von Neubildungen. Ueber den formalen Vorzügen des römischen Rechts übersah so der historische Romanismus überdies auch — von dem Gründer der Glossatorenschule Irnerius bis auf Savigny's Schule herab — die praktische Consequenz des von Savigny selbst theoretisch gelehrten, materiellen Satzes und Grundprincipes überhaupt: das Recht „lebt"; denn wenn das geschichtliche Recht lebt, sich bewegt und ändert, dann konnte doch das römische Recht auch schon seit der Zeit der Glosse materiell niemals allein ausreichen: in seinen Thatsachen, in seinen Ueberzeugungen und in seinem Begreifen (§ 2 II)! Es bedurfte vielmehr so auch in jeder Zukunft einer fortgesetzten, materiellen wie formalen Construktion, wie sie die Römer selbst geübt, nicht blos der materiellen Reception des stabilen römischen Rechts! So spaltete sich die Doktrin seit der Glosse von der Praxis äußerlich, und das äußerlich wahrnehmbare „Motiv" der Spaltung von Theorie und Praxis seit der historischen Lehre der Glosse war somit die erwähnte Ueberschätzung der formalen Vorzüge und die Unterschätzung der materiellen Mängel des römischen Rechts für das positive Leben. Auf diese Weise entstand zwar für uns durch die Theorie der Glosse in der Formvollendung, namentlich im System und der Technik, ein enormer Fortschritt; in der materiellen Wahrheit unserer Rechtserkenntnis aber zum Theil ein Rückschritt, weil materiell Antiquitäten beibehalten und gegebene materielle Neubildungen der Gegenwart verkannt wurden: das war äußerlich der Typus einer Spaltung von Leben und Praxis.

Das Gesammtergebnis aber auch der beiden Momente unter α und β, der Thatsache nämlich der ersten äußeren „historischen Entstehung" und überdies das „innere Motiv" dieser Entstehung unseres gesonderten praktischen Rechts — für unser Thema unter Ziffer 1

Digitized by Google

und 2 — ist nun folgendes: Auch diese beiden Momente reichen wieder nicht vollständig aus, um uns das unbekannte „innere" Wesen gerade eines besonderen praktischen Rechts nach Ziff. 1 und die Nothwendigkeit einer Einigung von Theorie und Praxis nach Ziffer 2 ausreichend zu zeigen. Denn wir erfahren so blos, daß die Praxis einem dem Rechtsleben entsprechenden Inhalt des Rechts bedarf oder doch bevorzugt; aber noch nicht warum? — Wir werden deshalb jetzt vorläufig auch diese „äußere" Geschichte und ihre Motive bei Seite lassen müssen und jetzt an der Hand der Erfahrung allein unter γ noch weiter versuchen müssen: aus äußerlich wahrnehmbaren, sachlichen, thatsächlichen Erscheinungen des praktischen Rechts einen Schluß auf dessen inneres Wesen nach Ziffer 1, und darauf zu gewinnen, ob dies Wesen auch eine Einigung zwischen Theorie und Praxis nach Ziffer 2, unserem dort bezeichneten Thema entsprechend, gebietet.

γ) Welche, aus äußerer Erfahrung aber sich ergebende, materielle Erscheinungen unseres praktischen Rechts und seiner Neubildungen sind nun denkbar, welche auf dessen „inneres" Wesen endlich einen Rückschluß gestatten werden? —

Beobachten wir das thatsächliche Leben und Herrschen unseres praktischen Rechts näher, so werden wir allerdings auf nachstehende äußere Erscheinungen desselben stoßen, in welchen sich dieses besondere innere Leben äußert. Auf solche, welche denjenigen doktrinären Rechtsschulen eben nicht eigen sein können, welche nicht in gleichem Contakte mit dem Rechtsleben stehen und so auch nicht umgekehrt in demselben in gleicher Weise herrschen können, wie unser praktisches Recht; nämlich: a) Auf dessen durchgängiges und alleiniges Beruhen auf einer, für uns Menschen einzig und allein das geltende Recht enthüllenden Erfahrung an Stelle einer bisherigen Aprioristik. — b) Auf dessen alleiniges, allerorts gegebenes, thatsächliches Gelten und Herrschen: in Leben und Praxis (wenn auch keineswegs damit stets auf eine Anerkennung innerhalb unserer Doktrinen), solange nur überhaupt eine Geschichte verfolgbar ist. — c) Auf ein, infolge seines selbstthätigen Lebens gegebenes sich selbst Fortbewegen mit den gegebenen, sich ändernden Verhältnissen. — d) Endlich aber werden wir trotz alledem auch auf eine auffällige Abnormität stoßen, welche, wenn auch zwar nicht für die Geltung und das innere Wesen der Ziff. 1, so doch wenigstens für die Einigung unseres Rechts Folgen äußern muß: auf dessen in keiner Weise zu rechtfertigendes sich Spalten von und Nebeneinanderbestehen neben wechselnden, aprioristischen Doktrinen! — — Diese äußerlich wahrnehmbaren Erscheinungen nun werden uns vielleicht der Lösung unseres Themas unter 1 und 2 näher bringen! Sowohl einmal: dem inneren berechtigten Wesen unseres, in Leben und Wirklichkeit allein und unwillkürlich „gegebenen" praktischen Rechts; und, weil dies unwillkürlich gegebene und geltende Recht doch nur ein einziges sein kann, zweitens zugleich: der Einigung

Digitized by Google

der Darstellung dieses unseres gegebenen geltenden Rechts seitens unserer Theorie und Praxis!

a) Eine erste solche äußere „Erscheinung" nun unseres besonderen praktischen Rechts ist: dasselbe, dessen Gelten ist nicht etwa ein, a priori blos gewolltes und angenommenes, sondern es beruht ausschließlich auf einer Erfahrung der, in Wirklichkeit geltenden Normen, auf einer Erfahrung dessen, was unwillkürlich für uns als Recht gegeben ist und so uns thatsächlich zwingt oder gilt: Aehnlich der Erfahrung der Geltung und Herrschaft einer Sprache, Sitte und ihrer Gesetze. Dies erklärt sich uns aus der gemeinsamen Natur dieser Faktoren, wie folgt. — Alles Recht „lebt" anerkanntermaßen, wie in der Einleitung (Ziffer 1, II) gezeigt, und herrscht über uns unwillkürlich, wie eben eine, für uns unwillkürlich gegebene und über uns herrschende Macht, wie eine Sitte und Sprache, wie das, durch höhere göttliche Gesetze geregelte, gegebene Leben des Menschen selbst. Z. B. eine geschichtliche römische mancipatio, stipulatio, Sklaverei, Folter, der spätere Lehensstaat, der antike Mensch mit seinem alten Glauben, Wissen 2c. ist erstorben: Weil ihm aber Leben fehlt, ist dies alles für uns nicht mehr „gegeben" und positiv. Alles dieses unwillkürlich gegebene „Leben", auch diese Herrschaft des Rechts, aber kann für uns nur aus einer „Erfahrung" ersehen werden: es gibt für uns Menschen keine andere Wahrnehmung einer lebendigen Macht und Herrschaft über uns, als, daß wir sie eben „erfahren". Den Grund der Dinge zwar, den Grund des Lebens des Rechts kennen wir positive Juristen nicht. Wir sehen aber die äußere Thatsache dieses Lebens, und wie die und welche Gesetze desselben sich äußern: mittels Erfahrung. Eben diese Erfahrung wird uns concreter dann auch noch weiter belehren, daß erfahrungsgemäß formal nur das als Recht gilt und herrscht, was uns die Quellen dieses Lebens des Rechts: die anerkannt positiven „Rechtsquellen" — namentlich ein Gesetz, Gewohnheitsrecht oder innere Gründe — als gegeben und bindend zeigen: — Dies aber ist die erste Erscheinung der Herrschaft des praktischen Rechts! —

Fragen wir uns deshalb näher: gibt es für uns überhaupt ein anderes Erkenntnismittel eines Geltens des Rechts und der Art seines Geltens und Herrschens, als eben diese „Erfahrung" seines quellengemäßen Lebens? Die Antwort wird lauten: Nein! Sie ist im allgemeinen die einzige gegebene Erkenntnisquelle des Geltenden. Wir werden so beispielsweise erfahrungsgemäß vor allem sehen: nicht schon unbedingt das Recht einer gesammten „Vergangenheit" einer historischen Schule selbst wird erfahrungsgemäß gelten! Denn schon der Fundamentalsatz dieser Schule, daß der „Stoff des Rechts durch die gesammte Vergangenheit der Nation" für uns bereits gegeben sein müsse, wird für ein wirkliches lebendes Recht, wie das heutige, nimmermehr eine objektive Erfahrung, vielmehr erfahrungsgemäß leider eine nur theilweise, aprioristische und schadenstiftende subjektive Erfindung, ein unwahres Geistesschaffen, ein Naturrecht sein! Davon

Digitized by Google

weiteres unten (§ 1 Ziff. 5 II, § 2, II, § 4, § 6 I c). — — Auf welch' anderen Grundlagen und allgemeinen Erkenntnisquellen, als auf einer Erfahrung, sollte aber das Recht alsdann für uns noch ruhen können? — — Auf einer Offenbarung? Bekanntlich verhüllt ja eine Gottheit uns Menschen, wie ihr Antlitz, ganz ebenso auch einen systematischen Anblick ihres ewigen, göttlichen: ihres „absoluten" Rechts! Fragen wir doch alle unsere bisherigen positiven Religionen: Kein Bekenntnis wird je für uns ein ausreichendes, fertiges System und Pandekten eines Rechts bieten: weder dem, von einem Gesetze oder von sonstigen Normen verlassenen Dogmatiker, noch dem Gesetzgeber selbst! Wie wenig dies der Fall, wie vielmehr mit Sicherheit das gerade Gegentheil wahr ist, beweist wohl schon die eine Thatsache: Statt daß irgend eine Offenbarung das Recht für uns Juristen systematisch erleuchtet, heischen selbst auch unsere verschiedenen, positiven Religionsbekenntnisse sogar umgekehrt von uns Juristen aus einer, über uns gegebenen Ordnung eine Regelung ihrer eigenen, rechtlichen Beziehungen nach innen und außen: d. i. es gibt selbst ein weltliches „Kirchenrecht" zwischen und innerhalb der verschiedenen Religionen und Confessionen, und es verweisen Religionen selbst beispielsweise ihre Moralfälle auf das römische 2c. Recht. Wenn also das Recht umgekehrt selbst die Verhältnisse dieser Religionen rechtlich regeln muß, wie sollte da die Religion uns das Recht weisen? — — Oder künden uns etwa transcendentale Philosophien das Gelten des Rechts und sein System allein? Ebensowenig wie unsere Religionen könnten uns ferner bekanntlich solche transcendentale Philosophien ein positives Rechtssystem an die Hand geben; wie vielmehr jene Religionen nur eine „Moral", so ergeben uns diese Philosophien nur: „speculative Theoreme". Und unsere Juristen von heute wissen ja doch zu gut, wie scharf unsere Rechtswissenschaft schon bisher zwischen Moral oder Speculation einerseits und zwischen einem positiven Rechte anderseits unterscheidet! Diese unbedingten Naturrechtsphilosophien sind überdies auch schon durch unsere historische Schule genügend widerlegt: Das Recht wird nicht durch Vernunft allein „gemacht", es ist vielfältig, durch Vernunft unabänderlich, in der Geschichte „gegeben"; Naturrecht ist wenigstens nicht alleinige Rechtsquelle! — —

So aber verbleibt uns für eine Erkenntnis des positiven Geltens unseres Rechts als einzige Erkenntnisquelle: die Erfahrung; materiell dies thatsächliche Gelten und formal die Erfahrung aus den Formen und Regeln, innerhalb welchen dies Geltende für uns juristisch lebt und sichtbar erquillt: aus den Rechtsquellen; im Principe somit jene Art des Erkennens alles, in der Welt gegebenen Wissens und Seins, welche uns Baco gelehrt! Wir können eben deshalb nur die Gesetze einer Erfahrung des Lebens, sich Bewegens und Geltens unseres Rechts aus dessen einzelnen Erscheinungen wahrnehmen, diese Gesetze alsdann copieren oder nach unseren besten Kräften spiegeln, und: ihnen gehorchen. Weiteres Eindringen in ihr Werk gestattet uns

Digitized by Google

eben eine Schöpfung nicht, als diese Erfahrung: Wollen wir dennoch a priori weiter gehen und anderes Recht, als diese Erfahrung des Wirkens einer Gottheit und Schöpfung, als ihre Gesetze lehren und erfinden, dann wird unser aprioristisches Wollen eben einfach durch die empirischen Thatsachen eines anderen Geltenden real beiseite geschoben und so durch diese Erfahrung der That widerlegt und gezwungen werden. — Wir haben also so im Ganzen zur Erkundung des erfahrungsgemäß gegebenen, lebenden Rechts überhaupt nur zwei, sich uns in einer Stufenfolge bietende Wege der Erfahrung: 1. Entweder erstens steht uns da, wo im Rechte einmal schon etwas „geschehen" ist, d. i. eine lebende Geschichte vorliegt, eine Erfahrung von außen her, durch die Geschichte, zu Gebote: Eine Erfahrung nämlich, ob das, was bisher schon zufolge „thatsächlicher" Geschichte auf Grund ausdrücklicher oder concludenter Aeußerungen des Lebens oder Geltens des Rechts und zufolge der erfahrungsgemäß zwingenden Rechtsquellen „geschehen" ist, auf Grund eben dieser erfahrungsgemäß für uns „juristisch" gegebenen und zwingenden Rechtsnormen: der Rechtsquellen, auch jetzt noch, geschehen darf und muß: dies ist die eine Erfahrung: die „Geschichte!" — 2. Oder aber zweitens ist es möglich, daß eine Geschichte für uns nicht besteht; daß also in concreten Rechtsverhältnissen bisher thatsächlich und rechtlich noch gar nichts „geschehen" oder doch ein Geschehenes einer Geschichte niemals, oder nicht mehr, für uns juristisch nach den Quellen maßgebend, bekannt ist. Da also, wo jede „Geschichte", insbesondere jedes Gesetz und Gewohnheitsrecht uns im Stiche läßt, verbleibt uns zufolge der Erfahrung wieder kein anderer Weg, als gewissermaßen der letzte Weg einer Erfahrung und Entscheidung aus uns selbst, aus unserem eignen Innern: aus unserem Gewissen. Das ist der zweite Weg einer Erfahrung mittels eines empirischen Naturrechtes (§ 1, 5 I). Und auch diese Erfahrung aus unserem innersten Gewissen oder dieses Naturrecht wird wieder in zweifacher Weise (§ 7 A 1) zu Werke gehen: a) Manchmal werden nämlich für uns, wenn auch nicht dieselben, so doch noch immer wenigstens analoge Verhältnisse aus der Geschichte überliefert vorliegen. Diese werden unserem Innern und Gewissen alsdann, wenn auch nicht direkt, so doch analog bei Feststellung des zu findenden Rechtes maßgebend, soweit sie unser Inneres gleichfalls überzeugen. Dies ist die Analogie: Hier fordert ratio und Gewissen vereint, daß unser Rechtssystem wenigstens unter analoger Berücksichtigung solcher, bereits „geschichtlich" gegebener und billiger Bestimmungen einen gleichmäßigen Aufbau und analoge Gliederung des Systems erfahre. b) Oder aber es fehlen uns auch solche, blos ähnliche oder analoge, geschichtliche Rechtsbestimmungen für eine ratio; dann erst dürfen wir nach der, uns unwillkürlich zwingenden inneren Stimme unseres Gewissens allein oder aus einer sachlich induktiven Vernunft, aus Billigkeit oder der aequitas der Römer allein entscheiden! So gelten und walten erfahrungsgemäß regelmäßig unsere Rechtsquellen.

Digitized by Google

Nur hie und da scheinen uns selbst auch vereinzelte Dämmerblicke, Ahnungsschimmer eines, wenigstens uns Menschen gleichfalls göttlich oder „absolut" scheinenden Rechtes zu uns Menschen durchzudringen: Ihnen gehorchen wir gleich einem absoluten, göttlichen Rechte, selbst ohne, wenigstens frühere, Erfahrung, ohne zu wissen: warum? Auch selbst wenn die gewöhnlichen, übrigen Rechtsquellen: des Gesetzes, einzelne Gewohnheiten sie nicht respektieren und nicht gebieten, sondern sogar gegen sie verstoßen, folgen wir diesem vermeintlich höherem Rechte; so zwar, daß deren absolutes unbewußtes Gegebensein und Gelten selbst als Rechtsquelle auftritt, welche allen übrigen Rechtsquellen vorgeht. Es sind dies sog. höhere Sittengesetze, boni mores ꝛc. Dieselben fordern erfahrungsgemäß zwar allerdings von uns wenigstens absoluten oder unbedingten Gehorsam (§ 7 A 4), selbst wo alle frühere Erfahrung der Menschen gegen dieselben spricht; sie scheinen von einer Gottheit unmittelbar und oft plötzlich erst in uns gelegt! Z. B. die plötzliche Aufhebung einer, früher geschichtlich gegebenen Sklaverei, einer Folter ꝛc. aus höheren sittlichen Gründen. Zugleich greifen dieselben nicht selten ungemein tief, fördernd oder störend, in den gesammten Umkreis des Lebens, Denkens und Fühlens des Volkes ein, bald im Privatrechte, bald im Staats- und sonstigen öffentlichen Rechte; sie bedingen so nicht selten bald das Gedeihen einer staatlichen Ordnung, Entwickelung und Oberleitung unserer Nation, bald die Wohlfahrt und Rechte der Privaten. An deren Feststellung betheiligen sich ebendeshalb nicht blos Juristen, sondern abwechselnd die gesammte öffentliche Meinung, Kirche, Staat und Laien: in Volksvertretungen, constituierenden Versammlungen ꝛc. — Aber besehen wir uns auch sie näher. Auch diese sind nur menschliche Anschauungen über das Vorliegen eines absoluten Rechts: auch sie schwanken; sie bewegen und ändern sich doch auch wenigstens mit den Ideen des Menschengeschlechtes! Erinnern wir uns doch beispielsweise nur der Wandlungen, welchen im Civilrechte eben die sog. vermeintlich absoluten „Menschenrechte" im Verlaufe der Geschichte bereits unterlegen sind: die Frage der Sklaverei beispielsweise, der Leibeigenschaft, der Frohnten, der Folgen einer Ketzerei ꝛc. ꝛc. — Auch hier wird ebendeshalb doch wieder kaum eine andere Ursache existieren, warum solche Rechte zeitweise von uns wie absolute geachtet werden, und wird deshalb auch kein anderer Weg zur Erkenntnis auch ihres Rechtes sich bieten, als eben wieder eine „Erfahrung", eben weil auch ihr Recht lebt, sich bewegt und ändert: Somit eine Erfahrung der vermeintlich absoluten Ueberzeugung unseres Volkes! Wie diese Erfahrung alsdann auch hier uns concreter und exakter auf positive Rechtquellen hinführen kann und wird, davon unten (§ 6 II B c 2 α und § 7 A 4). — Das Gesammtresultat aber ist: alles menschliche positive Recht basiert einzig aus Erfahrung, selbst da, wo es als vermeintlich absolutes Recht der früheren Erfahrung der Menschen diametral entgegentritt! Niemals auf einer Aprioristik! —

Digitized by Google

Wie verhält sich nun diese erste Erscheinung unseres praktischen Rechts: dieses Beruhen seines Wesens und seiner Gesetze auf einer „Erfahrung", zu unseren Aufgaben und zu unserem Thema nach Ziffer 1 und 2? — Weil eben alles wirklich positive Rechtfinden auf eine Erfahrung des Gegebenen und Geltenden allein angewiesen ist, weil so bloße subjektive „aprioristische" Geisteserzeugnisse und Erfindungen unserer Theorien, einer Natur- wie historischen Rechtsschule, nimmermehr unbedingt verlässig das empirisch wirklich Gegebene oder Positive zeigen können; weil ferner umgekehrt das praktische Recht allein vollständig auf einer Erfahrung des Geltens und auf den empirisch geltenden Gesetzen aller positiven Rechtsquellen basiert, nicht auch das Recht unserer Natur- und historischen Rechtsschulen allein; deshalb wird sich nicht nur das Wesen dieses unseres praktischen Rechts dereinst als ein, durch eine Erfahrung gegebenes und positives bewähren müssen, sondern es wird sich auch die alleinige Berechtigung desselben nach Ziffer 1 um deswillen ergeben, weil kein anderes dieser allein positiven Erfahrung unbedingt entspricht! Hiemit dürfte nun zum ersten Male unsere Hauptaufgabe und Hauptfrage nach dem inneren Wesen und der Berechtigung unseres praktischen Rechts (nach Ziffer 1) gelöst erscheinen. — Damit wird alsdann aber auch von selbst die Nebenaufgabe unserer Ziffer 2 erreicht werden müssen: die Einheit einer Rechtsdarstellung. Denn alle Rechtsschulen werden ja doch nur empirisch wirklich geltendes, positives Recht darstellen können! Wenn nun aber auf diesem Wege der Erfahrung allein ein exaktes, positives Recht dargestellt werden kann, wenn ein solch empirisches nur unser praktisches ist, so werden sich auch die übrigen Rechtsdarstellungen oder Schulen mit unserem praktischen Rechte auf diesem Wege einigen müssen: Denn sämmtliche werden nur den gleichen Weg der Erfahrung durchgehen und sich im Resultate zusammenfinden müssen, so sehr sie sich auch äußerlich trennen wollten: Einen anderen Weg gibt es nicht, als den einen und diese Einigung durch induktive Erfahrung!

b) Eine zweite erfahrungsgemäße und beachtenswerthe Erscheinung des Wesens unseres besonderen praktischen Rechts ist alsdann, daß dasselbe, soferne es auf den, erfahrungsgemäß gegebenen Regeln desselben, den Rechtsquellen beruht, von jeher und allerorts: in der Wirklichkeit des Lebens wie in der Anwendung der Gerichte allein thatsächlich oder real gilt. Wir haben dies schon in Vorwort und Einleitung (Ziffer 1) berührt.

Man hat ja diese Anschauung nebenbei auch sogar schon übertreiben wollen, — indem man annnahm, daß das praktische Recht an sich oder deshalb schon geltendes sei, weil es in der Praxis gelte. Ein Recht könne nur ein positives sein, wenn und weil es zugleich vor den Gerichten adoptiert und vollstreckt werde; denn geltend könne doch nicht schon ein blos doktrinär oder theoretisch gelehrtes, nirgends aber angewendetes und realisierbares, sondern nur

Digitized by Google

das, vor den Gerichten erzwingbare, realisierbare und vollstreckbare sein. Doch wird wohl diese extreme Anschauung eine zu weitgehende sein. Auch die Praxis nämlich kann ja falsch, i. e. den Rechtsquellen zuwider, urtheilen. Dann ist zwar das einzelne falsche Urtheil immer noch vollstreckbar, aber das von ihm geschaffene praktische Recht ist in anderen Fällen nicht anwendbar. Eine Praxis oder Routine ist an sich regelmäßig nicht Rechtsquelle, sie selbst vielmehr muß Rechtsgrundsätzen und Rechtsquellen gehorchen: Sie muß zugleich eine berechtigte sein! Es gibt so überhaupt keinerlei „absolutes" Recht; weder ein solches einer Theorie, noch ein solches einer Praxis. Auf eine absolute Begründung oder Geltung auch eines „praktischen" Rechtes als solchen müssen wir somit in vorneherein verzichten!

Ist aber weiter wenigstens diese Eigenschaft des praktischen Rechts außer Zweifel: daß es im Leben allerorts thatsächlich gilt, wenigstens soweit, als es zufolge der Rechtsquellen zu gelten hat, dann wird sich uns weiter, wie in Ziffer 1 und 2 als Thema aufgestellt wurde, auch hier folgendes ergeben: Einmal, daß dies praktische Recht deshalb allein schon bis zu einer gewissen Grenze ein, zugleich rechtlich geltendes oder *positives* sein kann, und zweitens, daß es sich insoweit wenigstens wieder von selbst mit dem Rechte unserer Theorien *einigen* muß. — Der Eintritt dieser juristischen Folgen wird sich so erklären. — Gilt im Leben wie vor unseren rechtskundigen Gerichten ein Civilrecht in der Weise von jeher, wie unser praktisches Recht, wenn auch nur stillschweigend und thatsächlich, verbleibt es ferner, trotz aller aprioristischen Gegengründe in so constanter Uebung, dann muß in jedem denkbaren Falle vor allem eine, concludent an den Tag tretende opinio necessitatis gegeben sein. Diese Thatsache aber wird erstens, an sich schon mit unserer Praxis gleichzeitig unsere Theorie als *positiven* Rechtsgrund, als Rechtsquelle in Betracht ziehen müssen. Denn eine opinio necessitatis an sich schon kann wenigstens wissenschaftliches oder Juristenrecht sein. Verbunden mit constanter Uebung aber, selbst wenn dieselbe eine völlig unbewußte und unwillkürliche ist, wird diese opinio überdies unbedingt positives Recht: nämlich ein Gewohnheitsrecht erzeugen können. — Und zweitens wird dies praktische Recht, soweit es so entweder begründetes Juristenrecht oder begründetes Gewohnheitsrecht ist, auch unsere Theorie und Praxis im Principe binden und so *einigen* müssen, weil beide, wie wir noch näher sehen werden, bisher wenigstens positive Rechtsquellen sind, (§ 7 A 3 u. B 2), und vielleicht bleiben werden. (§ 9, Ziff. 4.)

c) Eine dritte, erfahrungsgemäße äußere Erscheinung, zugleich aber eine wesentlich entscheidende innere Eigenschaft unseres praktischen Rechts ist: dessen „*Leben* und *Bewegung*" mit den positiven Rechtsquellen. Das geschichtliche, positive Recht nämlich lebt mit der Geschichte: ergo ist ein Recht ohne Leben kein positives und kein geschichtliches Recht mehr: Das Leben eines Rechts vielmehr ist daher noch ein weiter entscheidendes Kriterium seiner Wahrheit und Geltung, und

Digitized by Google

von den Rechten unserer drei denkbaren Rechtsschulen: des Natur-, historischen und praktischen Rechts, kann demzufolge nur dasjenige ein positives sein, welches mit einem thatsächlichen Leben des Rechts sich „bewegt und lebt“: An diesem sich bewegenden Leben muß also jedes Recht seine Probe bestehen. — Das praktische Recht nun speciell anerkennt allein den Beruf, der Spiegel, die Copie eben dieses jeweiligen geschichtlichen, quellengemäß sich bewegenden Lebens des Rechts zu sein. Deshalb wird es wohl selbst allein ein lebendes und wahres Recht sein müssen! —

Daß nun vor allem dies *Leben* eines Rechts, sowohl ein erfahrungsgemäßes, als ein anerkanntes *Wesen* und *Requisit eines jeden positiven Rechts* ist, wird keinem Zweifel unterliegen: Den näheren Beweis der Art dieses Lebens werden wir in § 2 erbringen. Erfahrungsgemäß schon bewegen und ändern sich auch die Rechtsquellen; die Gesetzgebung, das Gewohnheitsrecht, die inneren besseren Gründe schreiten fort. Auch deshalb muß alles positive Recht leben und sich bewegen. — Daß dies „Leben“ eines jeden positiven geschichtlichen Rechts überdies auch von den Römern wie von Savigny *anerkannt* ist, wurde bereits in der Einleitung Ziff. 1, II erwähnt (cf. § 2 III a).

Eben daraus ergibt sich, *was ein lebendes und reales, positives Recht* ist: Es ist ein, mit den sich ändernden geschichtlichen Verhältnissen innerhalb der Grenzen der Rechtsquellen fortschreitendes Recht. Wir werden (§ 2 II a und III, § 5—7) ersehen, daß im Leben sich sowohl die thatsächlichen Verhältnisse, als die Ueberzeugungen der Völker, als das Begreifen der Juristen entwickelt und ändert: Diesen Bewegungen des geschichtlichen Lebens des Rechts muß ein Recht folgen, wenn es ein gegebenes ist!

Wie verhält sich das praktische Recht? „Lebt und bewegt“ sich unser *praktisches* Recht speciell? — Ohne Zweifel! Dies bejaht vor allem seine Geschichte (§ 3 I). Diese zeigt, wie bereits das praktische Recht Roms gelebt und sich bewegt hat. Denn das particulare jus civile Roms zur Zeit der XII Tafeln war ein anderes, als das spätere, durch den Einfluß der Prätoren und Jurisconsulten entwickelte classische, das gemeine römische jus gentium Roms zur Zeit des jus sacrum und der bloßen Völkerbündnisse ein anderes, als nach einer lex Aebutia und zur Zeit eines Gajus. So aber wird jedes solch praktisches Recht ein adjuvare, supplere, corrigere, i. e. ein Leben zeigen, gleich dem Rechte des Leiters der Praxis in Rom, des römischen Prätor! Dieselbe Geschichte zeigt ferner, wo immer ein vergangenes und fremdes stabiles Recht behufs unmittelbarer Anwendung auf den fremden Boden übertragen werden will, und sei es selbst das hochclassische römische, daß alsdann auch dort trotzdem ein neues „Leben“ und mühsames sich Emporringen eines, zum Theil neuen lebenden Rechts, und zwar eben eines praktischen, beginnt, wieder mit: seinem adjuvare, supplere und corrigere des alten Rechts: So auch später,

Digitized by Google

in nachrömischer Zeit, im mos Italicus, dann im usus modernus pandectarum in Deutschland, in den coutumes Frankreichs, im Präcidenzfalle und der equity Englands, in dem Präjudize des Continentes der Gegenwart. Denn auch jetzt wieder erscheinen bei uns täglich neue Präjudizien, die Bände von Seuffert's Archiv und unserer deutschen Reichgerichtsentscheidungen füllen sich und wachsen mehr und mehr, und die Beispiele des § 2 I 2 ergeben, wie mächtig nicht blos dies adjuvare und supplere, sondern auch das corrigere des „vergangenen" Rechts bis heutzutage war: im Eherechte, Erbrechte, Handelsrechte, in der Sozialgesetzgebung ꝛc. ꝛc. Zum Theil spontan aus eigener Kraft entsteht und lebt dieses praktische Recht, und der tägliche Ausdruck seines Lebens, seine viva vox, ist heutzutage zwar bisher leider trotzdem nur entweder Gesetzgebung oder das Präjudiz, noch keine Wissenschaft, wie in Rom; stumm und concludent sucht aber auch das Präjudiz sich den Verhältnissen des sich bewegenden Lebens anzuschließen, wenn auch nicht so bewußt, wie im classischen Rom; denn die Gerichte dürfen bei dem fortwährenden Neuauftauchen von Tagesfragen auch bei uns nicht „striken" und gedankenlos Justiz verweigern, wie ein, bei dem stabilen rein römischen und vergangenen Rechte einfach stillstehendes System Savigny's und die eigentliche historische Schule, welcher das Recht um so wissenschaftlicher ist, je weniger es praktisches i. e. lebendes ist!! So wird sich ohne Zweifel zeigen, daß das praktische Recht *lebt*!

Zeigen nun aber auch *andere Rechtsschulen* dasselbe bewegliche *Leben* ihres Rechts wie das praktische? — Ein *Naturrecht* allerdings würde ein solches Leben und Bewegen wohl einigermaßen überhaupt zeigen; es würde mittels der Entscheidungen seiner Vernunft all' den Bewegungen des realen Lebens gleichfalls folgen. Namentlich mit Hegel's nicht immer philosophisch wahren Satze: Das Gegebene ist auch vernünftig! Allein Savigny's Schule wie die heutige concludente Praxis ist wohl (cf. unten Ziff. 5) darin einig, daß ein unbedingtes Naturrecht allein im Princip kein unbedingt positives Recht ist. Ein Naturrecht kann wenigstens nicht unbedingt als reales Recht leben, weil seinem Geist die Verkörperung zu einer Geschichte fehlen kann. — Deshalb könnte von den bisherigen Rechtsschulen nur noch das Recht der *historischen Schule* in Betracht kommen. Allein dies Recht ist im Schulprincipe schon ein Recht der gesammten „Vergangenheit" und so zweifellos nicht nothwendig ein „lebendes"; eine Vergangenheit ist ja im Principe schon möglicherweise ein Gegensatz zu einem Leben der Gegenwart und auch im Einzelnen kann so manches „vergangene" Recht ein bereits erstorbenes sein, weil eben aus seinen vergangenen Formeln längst der Geist und mit ihm das, den Quellen entsprechende Leben entwichen sein kann; ein anderer Geist kann entweder zufolge Gesetzes- oder Gewohnheitsrechtes ꝛc. an seine Stelle getreten sein! — Wenn nun aber das positive Recht ein lebendes sein muß, wenn das Naturrecht als positives nicht unbedingt in Betracht kommen kann, wenn ferner die Geschichte der „Vergangenheit"



Digitized by Google

der historischen Schule nach ihrem Principe schon nicht Leben und Bewegung in Wirklichkeit zeigen kann, so kann als einziges heutig lebendes Recht nur das bisher in seinem Wesen unbekannte praktische Recht in Betracht kommen, dessen Wesen und Aufgabe, wie gesagt, es ist, das jeweilige Leben des Rechts nach den Gesetzen, welche erfahrungsgemäß das geltende Recht erzeugen, i. e. nach den anerkannten positiven Rechtsquellen zu copieren und zu spiegeln, und welches so, wie gezeigt, in der That erfahrungsgemäß allein positiv, den Rechtsquellen gemäß, berechtigt lebt!

Ist aber das praktische Recht hienach das einzige, heutzutage in Betracht zu ziehende lebende Recht, so wird damit wieder nicht nur eine höchst wesentliche Eigenschaft des, zu ermittelnden Wesens und der Berechtigung unseres praktischen Rechts gefunden sein, deren Ermittlung doch unsere Hauptaufgabe nach Ziff. 1 bildet. Sondern, wenn nur ein „lebendes" Recht ein wirklich positives Recht sein kann, und das praktische Recht das einzig mögliche lebende ist, so werden sich auch die übrigen bisherigen Rechtsschulen zur Darstellung dieses lebenden, praktischen Rechts endlich herbeilassen müssen, und die Rechtsdarstellungen werden sich in diesem einen lebenden Rechte einigen müssen, wenn auch sie geltendes Recht darstellen wollen! Damit wird dann wieder auch die Nebenaufgabe unserer Ziff. 2: das Ziel der Einigung, erreicht sein!

d) Neben diesen bisherigen drei erfahrungsgemäßen Erscheinungen unseres praktischen Rechts, welche dies als berechtigt zeigen, neben dessen erfahrungsgemäßen alleinigen thatsächlichen Gelten und dessen mit den Verhältnissen sich bewegenden Leben, findet sich endlich trotzdem eine überraschende vierte Erscheinung: eine überraschende Disharmonie desselben Rechts mit der, jetzt noch unsere Doktrin, theoretisch wenigstens, beherrschenden Lehre der historischen Schule, nämlich: die bisher schon fortwährend betonte Spaltung unserer Theorie und Praxis!

Betrachten wir nun aber die Consequenzen der bisher ermittelten Erscheinungen des erfahrungsgemäßen Geltens und Lebens des praktischen Rechts, welche das, bei uns real geltende, besonders praktische Recht erzeugen mußten. Wir haben damit bisher, wie gesagt, folgendes ermittelt: 1. Die einzige Grundlage, aus welcher wir ersehen können, was bei uns als Recht gilt und positiv ist, ist die Erfahrung. Diese Erfahrung schon wird uns weiter zeigen, daß wir unser geltendes Recht nur aus Rechtsquellen finden können, und daß das praktische Recht dasjenige Recht ist, welches allein auf allen diesen positiven Rechtsquellen beruht, ihnen allein entspricht (§ 5—7), und so allein positiv sein kann. 2. Dieses praktische Recht gilt ferner jetzt schon allein real in unserer gesammten Culturwelt wenigstens thatsächlich; auch diese Thatsache muß positive Folgen haben; und 3. dasselbe praktische Recht ist das einzige in Betracht zu ziehende Recht, welches lebt, so an der Hand der positiven Rechtsquellen den Bewegungen und Aenderungen des jeweiligen Rechtslebens zu folgen vermag und

Digitized by Google

damit nicht blos thatsächlich, sondern auch begrifflich wieder allein dem entscheidenden Requisite eines für uns heutzutage geschichtlichen, „positiven" Rechts entspricht: dem jeweiligen Leben des Rechts, mit welchem sich alles geschichtliche, positive Recht bewegen muß, ohne so beim Vergangenen stehen bleiben zu können! — — Trotzdem aber diese Disharmonie und Spaltung einer Lehre einer historischen Schule von dem erfahrungsgemäß allein möglichen, berechtigten wie thatsächlich gegebenen oder herrschenden Recht und das Stehenbleiben bei dem Vergangenen! Diese Erscheinung nun wird uns zwar empirisch nichts zur Lösung unserer Hauptfrage über das Wesen und das berechtigte Gelten unseres praktischen Rechts nach Ziffer 1 beitragen können. Wohl aber wird sie uns zur Lösung der Nebenaufgabe der Ziffer 2, zur Einigung unserer verschiedenen Rechtsdarstellungen oder Schulen gebieterisch hindrängen! — —

Woher nun diese auffällige Dissonanz? Wie sollte nun diesem, praktisch gegebenen Rechte gegenüber, welches alle empirisch positiven Vorbedingungen erfüllt, mit sachlichem Grunde ein doktrinäres stabiles Recht einer historischen Schule gegenübertreten und sich berechtigt erachten können, welches dem Requisite jeden positiven Rechts: der Erfahrung, der thatsächlichen realen Geltung und dem sich bewegenden Leben des Rechts widerspricht? — Wie dieser Contrast für das unbewußt „vergangene" romanistische Recht der mittelalterlichen Glosse im allgemeinen möglich war, das haben wir bereits in § 1, 4 I β gesehen. Die Formvollendung des classischen römischen Rechts allein war es, welche den Magister von damals von Anfang an schon blendete: das Allumfassen, der Reichthum der Pandekten, das vollendete System und die nirgends anders gekannte Technik. Dadurch übersah der Magister, daß, infolge des sich Bewegens des Lebens des Rechts, auch selbst das hochclassische römische Recht schon zum Theil veraltert und nicht mehr geltend sein mußte. Er verstand das materielle Leben des Rechts nicht, und huldigte der Form! — Was aber auch unsere historische Schule Hugo's und Savigny's wieder bewog, der Erfahrung, Geltung und dem doch von ihr selbst anerkannten Requisite des „Lebens" entgegen, von dem lebenden und praktischen Rechte trotzdem wieder zu dem Rechte der gesammten Vergangenheit, namentlich zum vergangenen rein römischen Rechte zurückzukehren? Da eine bessere „Form" dereinst auch das praktische Recht annehmen kann, wie eben das römische Recht zeigt, da ferner alle „inneren" Requisite eines positiven Rechts das Recht der Praxis allein zeigt oder wenigstens erstrebt: Erfahrung, Geltung und Leben, so kann der Grund des Abweichens, der Spaltung dieser Schule jetzt offenbar nicht ein innerer, sondern er kann nur ein äußerer, außerhalb des Rechtes selbst gelegener gewesen sein! Umsomehr werden wir zu dieser Annahme berechtigt sein, als sich ja zufolge unserer Geschichte (§ 3 II A) auch in Wirklichkeit die sämmtlichen einzelnen sachlichen Ideale der historischen Schule nicht bewähren werden, soweit diese über das praktische Recht hinausgehen! Wie



Digitized by Google

kommt aber dann eine aprioristische historische Schule dazu, gegenüber einer empirisch gegebenen Wirklichkeit des Geltens eines Rechts, welches sich juristisch streng an die Rechtsquellen anschließt, noch immer eine bessere, höhere, künstelnde, über reale Gesetze der Schöpfung sich überhebende Geltung eines Rechts zu beanspruchen? — — Als ein solcher äußerer Spaltungsgrund aber wird sich uns jetzt nur eine äußere „Politik" der historisch romantischen Schule enthüllen! — —

Dringt denn nicht schon im vorherein — der bloße Contrast der Worte: verschiedene Rechte für das nämliche unwillkürlich gegebene Recht — dem feinfühligeren Ohre des Juristen, und zwar im ersten Momente schon, wie ein schriller Mißton entgegen? Lautet der Ruf zum Kampfe hier blos: zum Kampfe „um's Recht"? Oder ruft man uns hier nicht vielmehr zum Kampfe: „eines Rechts gegen das Recht"? Und wer stößt diesen Ruf aus? Der aprioristische Doktrinär ohne Erfahrung, ohne Einsicht in unwillkürlich gegebene Verhältnisse! Erscheint so in der That der Ruf nicht von Anfang an wie eine Unmöglichkeit, wie ein Unglück? Hören wir deshalb nicht alsbald Gegenrufe, bald im öffentlichen, bald im Privatrecht, bald wie warnende Mahnrufe zur Abwehr, bald aber wie klar vernehmliche Hülferufe wegen unterdrückten, gewaltsam entzogenen Rechts und Unglückes und wegen Revolution? Was will das Rasen des lebensunerfahrenen Doktrinärs gegen eine gegebene Wirklichkeit? Sucht er Schaden, Nothstand zu bereiten? Können in der That auf dem einen Throne des Rechts zwei feindliche Herrscher berechtigt schalten wollen, ohne, wie Könige von Orkadal, sich selbst und ihr Land fortwährend zu zerfleischen? Mußte so der Eine von beiden nicht, dünkelhaft über die gegebene Wirklichkeit sich überhebend, sich nur unberechtigt den Thron anmaßen? Mußte so nicht nothwendig das eine falsche Recht das andere wahre Recht alsdann auch künstlich zu unterdrücken streben: Sei es unwillkürlich, in Folge bloßer undurchschauter Scheingründe, wie bei einer Glosse; sei es bewußt und gewaltthätig, in Folge utopischen, doktrinär dennoch gewollten äußeren Zweckes, welchen das Leben des Rechts nicht kennt, wie bei der historischen Schule der Gegenwart? — — Auch solche Fragen aber werden jetzt, neben dem leichten Scherze unserer Causerie, im Folgenden einer ernsten Forschung nicht unwerth sein, um uns dadurch endlich zu den Segnungen einer „Einheit von Leben und Recht" zu geleiten! — —

II. Concrete Erklärungsversuche des „äußeren Grundes": einer unmöglichen „Politik", aus welchem die historische Schule in Deutschland speciell eine, unten näher nachzuweisende, Spaltung ihrer Doktrin von Leben und Praxis forterhält (§ 2 u. 3), wie andere Vorfragen vor einer Betrachtung der verschiedenen Schulen des Rechts.

Was charakterisieren in der That die Kämpfe gerade zur Zeit der Entstehung der historischen Schule seit der Zeit einer französischen Revolution? Tönen denn nicht etwa genau dieselben extremen Kampfesrufe und Gegensätze des Staatsrechtes, welche während des Tobens

Digitized by Google

jener politischen französischen Revolution und nach derselben auf Seite der revolutionären politischen Aktion wie auf Seite der kämpfenden Reaktion erschallten, seitdem auch in unserem Civilrechte: auch in dem Kampfe unserer beiden extremen doktrinären Schulen des Naturrechts wie der historischen Schule wieder? Haben sich nicht etwa so eben die Kämpfe, welche sich aprioristisch in jenen politischen Streiten austobten, zuvor wie danach auch auf unser harmloses Privatrecht übertragen, welches doch den beiden einseitigen Extremen fremd ist? — — Zertheilen wir deshalb doch einen Augenblick durch unser Nähertreten jetzt die unklaren Wolken jener, eine Welt in Brand versetzenden politischen Kampfesperiode eines doktrinär aprioristischen Rechts seit dem 18. Jahrhunderte. Lüften wir anderseits die Nebelschleier, welche auf den soeben (§ 1, 4 I γ d) erwähnten, nothwendigen Mahn- und Hilferufen unseres eigenen, empirischen, wahren Civilrechtes lasten! Was nehmen wir wahr? In der That treten in den politischen Kämpfen jener Periode ganz dieselben Gegensätze: eines, schrankenloses Recht schaffenden „Naturrechts" und eines, extrem zur „Vergangenheit" wieder zurückdrängenden historischen Rechts gleichfalls an uns heran, wie in unserem Civilrechte! Sagt uns nicht schon die historische Schule mit Recht, daß das aprioristische Naturrecht, offenbar einseitig und in seinen Extremen angewendet, die politischen Stürme einer französischen Revolution angefacht? Und ist deshalb alsdann nicht in der That, als politische Reaktion gegen jene französische Revolution, gegen ihre Doktrinen und ihre Consequenzen, die, nun gleichfalls aprioristische, ganze historische extreme Schule eines vergangenen Rechts selbst erst entstanden? Ist es also in der That der Fall, daß dieselben aprioristischen Gegensätze, welche sich auf dem Gebiete des Staatsrechts oder der Politik jener Zeit als Aktion und Reaktion extrem und grundlos bekämpften, sich auch noch als aprioristische doktrinäre Gegensätze, wie wir soeben vermuthet, innerhalb unseres harmlosen Civilrechts befehdeten und fortpflanzten, und daß sie so drohten, den Staat wie das lebende praktische Civilrecht in diesen sinnlosen Kampf fortzureißen? Kein Zweifel! — Savigny selbst erklärt uns dies in dem von ihm verabfaßten Programm der historischen Schule, und, wie die historische Schule selbst, soweit sie aprioristisch über das gleichfalls geschichtlich gegebene lebende und praktische Recht hinausging und zu dem „Extrem" einer Geschichte, nämlich zu dem Wahn, daß eine Geschichte einer gesammten „Vergangenheit" leben könne, hinstrebte, ein Produkt der Kämpfe, vielleicht einer Panik der damaligen Politik war; (vgl. unten Ziff. 5 II): Die „Politik" somit verdarb damals eine unbefangene, sachliche Auffassung und Erforschung des Lebens unseres heimischen Privatrechts in seiner einen Hälfte! Dies nun verräth und gesteht uns Savigny selbst wiederholt, schon in dem Eingange seines Programms. In seinem „Berufe unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft" von 1814 (3. Aufl. S. 4—5) sagte derselbe mit dürren Worten: Seit der Mitte des 18. Jahrhunderts „hatte sich durch

Digitized by Google

ganz Europa ein völlig „unerleuchteter Bildungstrieb“ geregt“. Sinn „für die naturgemäße Entwicklung der Völker und Verfassungen“ war verloren: an die Stelle getreten war eine grenzenlose Erwartung von der gegenwärtigen Zeit, die man — zur Darstellung einer „absoluten“ Vollkommenheit berufen glaubte (Naturrecht). „Dieser Trieb äußerte sich nach allen Richtungen. Was er in Religion und Staatsverfassung gewirkt hat, ist bekannt, und es ist unverkennbar, wie er hier durch eine natürliche Gegenwirkung“ (Reaktion) „aller Orten einer neuen lebendigeren Liebe die Stätte bereiten mußte. Auch im „bürgerlichen Rechte“ war er thätig.“ — Dann wieder im nächsten Jahre, bei der Eröffnung seiner Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. 1815 I S. 2, sagt derselbe: „Der Gegensatz zwischen geschichtlichen und ungeschichtlichen Schulen findet sich in allen Dingen, am meisten in der Verfassung und Regierung der Staaten“ ꝛc.

Dies die Worte Savigny's. — Daraus aber nun ergiebt sich im allgemeinen vorläufig allerdings erst ein Motiv und Grund des Kampfes seiner Schule gegenüber dem doktrinären Naturrechte. Mit Recht war es ja hier ein achtungswerthes Wollen, die Staatsverfassungen wie das bürgerliche Recht wenigstens vor unerleuchteten Bildungstrieben gerade des Naturrechts, das Staatsrecht speciell vor den naturrechtlichen Extremen der französischen Revolution zu bewahren, welche, wie die historische Schule gezeigt, aus dem aprioristischen Recht-„Machen“ dieses Naturrechts entsprungen. Die Politik, welche im Staatsrechte eine Gegnerschaft der historischen Schule hervorrief, führte Savigny auch hier im Naturrechte mit Recht zugleich aus sachlichen und rechtlichen Gründen zu Analogien für das bürgerliche Recht. Auch in diesem schaden ja die Extreme desselben Naturrechts, wenn sie alles, geschichtlich noch lebende berechtigte Recht über den Haufen werfen!

Dies Vorgehen erklärt aber Savigny's Berechtigung doch wohl nur zum Kampfe gegen das Naturrecht: — — Warum derselbe nun aber bei diesem Kampfe gegen dieses Recht nicht stehen blieb; warum er den Kampf thatsächlich auch gegen unser altehrwürdiges, doch nicht erst durch die Naturrechtsschule geschaffenes, sondern vom Anbeginn der Welt bestehendes, lebendes praktisches Recht richtete, welches wenigstens die wirklich gegebene (lebende) Geschichte achtet, und, wenn auch unbewußt, nur diesem, wie wir sehen werden, unwillkürlich gegebenen, allein positiven und „geschichtlichen Leben“ des Rechts und seinen zwingenden Rechtsquellen folgt und gehorcht? Warum er alsbald auch dies „geschichtlich lebende“ praktische Recht und sein Präjudiz mit seiner Schule nicht blos thatsächlich von seiner Lehre: von seinem System, seiner Zeitschrift ꝛc. fernhielt, sondern es auch schon im folgenden Jahre in seiner Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, 1815 Bd. I S. 12, mit den direkten Worten ausdrücklich ausschloß: „Aufsätze von blos praktischer Beziehung sind ausgeschlossen“?! — —

Digitized by Google

Das nun erklärt sich wieder einerseits aus der Unkenntnis des Lebens wie des Wesens des „praktischen" gegebenen Rechts selbst seitens Savigny's, wie andererseits daraus, daß er dasselbe praktische Recht so, zufolge dieser Unkenntnis, auch noch mit einem bloßen unzulässigen Naturrechte identificieren, verwechseln und alsdann mit diesem ausschließen zu können vermeinte! So allein aber wird sich das erklären, was hier unser Thema ist: wie Savigny aus äußeren Gründen sich von dem lebenden praktischen Rechte trennte: — Diese äußeren Gründe waren eine Politik: Während Savigny Politik trieb, verwechselte er das geschichtlich lebende und praktische Recht mit einem Naturrechte! (§ 3 II B) und schloß auch dies aus! Savigny wollte zwar aus Gründen dieser Politik wohl zunächst nur das Naturrecht ausschließen. Ihn leitete hiebei zunächst nur der Grund, welcher das Naturrecht zum Theil in der That verwerflich erscheinen läßt: dessen unzulässiges, unbedingtes subjektiv aprioristisches Ankämpfen gegen alle „geschichtlich" gegebene Ordnung und Umstürzen in Staat wie Privatrecht aus Gründen der subjektiven Vernunft jedes Einzelnen allein. Dieser Ausschließungsgrund aber war bei dem, von Savigny allerdings nicht gekannten, praktischen Rechte nicht wirklich gegeben und berechtigt, und daher hier nur ein äußerer, ein, nur grundlos, durch seine unmögliche, des näheren Lebens des Rechts unkundige und deshalb dies praktische Recht und sein geschichtliches Leben verfolgende Politik veranlaßter. Aber diese Politik wird sich uns jetzt als eine geradezu verfehlte erweisen können! Auch unser praktisches Recht will ja, wie wir sehen werden, reale, „geschichtlich" gegebene Ordnung, nur freilich eine andere, wahrere, bessere, als diejenige, zum Theil erstorbene, welche Savigny doktrinär in der gesammten „Vergangenheit" gegeben und noch fortwirkend wähnt, nämlich: eine geschichtlich „lebende" Ordnung, welche den, für uns juristisch allein exakt positiven Rechtsquellen gehorcht. Und eine Ordnung umgekehrt einer geschichtlichen „Vergangenheit" der historischen Schule, welche nicht eine, zugleich jetzt noch lebende ist, und nicht mehr den heutigen Ausflüssen der positiven Rechtsquellen gehorcht, kann weder heutzutage noch eine gegebene, lebende Geschichte mehr, noch auch ebendeshalb für uns heutzutage überhaupt noch eine wahre Ordnung sein: im Staat und Privatrecht. Sie ist ein Wahn, der Rechtswahn einer Ordnung! Sie kann nur eine, jetzt zum Theil todte Ordnung und so eine heutige Unordnung sein! Nur der, durch äußere Politik erregte, a priori doktrinär irregeführte Savigny konnte so gegen das empirisch wahre, lebende und allein positive, praktische Recht den Arm erheben; nur er konnte, — in Folge seiner Unkenntnis des Lebens des Rechts und der Unkenntnis, wie sich eben dies Leben fortwährend äußert und sich real verwirklicht, — dieses reale, allein quellengemäße Leben des Rechts und seiner unwillkürlichen „geschichtlichen" Bewegungen mit einem bloßen, einseitigen Naturrechte verwechseln; nur er konnte und mußte alsdann auch im Civilrechte das wahre lebende und praktische Recht ganz

Digitized by Google

ebenso als vermeintliches Naturrecht aus äußeren Gründen der Politik verwerfen, wie in dem heutigen Staatsrechte!

Vor allem läßt sich nun dies äußere Zusammenwerfen wie materielle Verwechseln des Natur- und praktischen Rechts durch Savigny, sowie auch dessen Wahn, daß das wahre geschichtlich lebende und praktische Recht ein staatsgefährliches Naturrecht sei, klar nachweisen, wenn auch vielleicht zugleich selbst einigermassen entschuldigen. — Auf Seite 1—2 seines eben citierten Programms (Zeitschr. für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. I, 1815) schon unterscheidet Savigny das, ebenda S. 12 direkt ausgeschlossene praktische Recht in keiner Weise von dem, von ihm bekämpften Naturrechte. Er unterscheidet schon hier nur: zwischen einer „historischen" und „ungeschichtlichen" Schule, in welch' letzterer also unzweifelhaft neben dem Naturrecht das praktische Recht steckt. Denn ein Drittes erwähnt er, kennt er nicht. Da er hier das praktische Recht überhaupt nicht besonders nennt, so entsteht schon deshalb wenigstens der Verdacht, daß er es deshalb ausgeschlossen, weil er es mit dem Naturrecht identificiert. Dieser Verdacht wird aber aus mehrfachen Gründen zur Gewißheit. Dadurch nämlich, daß er auch sein eigenes geschichtliches Recht in einer so engen Weise begrenzt, daß in dieser Begrenzung das praktische, geschichtlich „lebende" und sich fortwährend bewegende oder entwickelnde Recht gar nicht mehr Platz findet. Er begrenzt sein geschichtliches Recht nämlich (in dem bekannten Satze ebenda S. 6: „die geschichtliche Schule nimmt an, der Stoff des Rechts sei durch die gesammte „Vergangenheit" gegeben") nur auf ein „vergangenes" Recht! Damit schließt er jetzt eben auch schon negativ das nicht vergangene und doch „geschichtlich" lebende „praktische" Recht aus! Dasselbe beweisen die einzelnen, thatsächlichen Anwendungen Savigny's. Dessen System des heutigen römischen Rechts beispielsweise enthält bekanntlich fast nichts, als das Recht der „Vergangenheit", welches uns die rein römische, canonische und ältere Reichtsgesetzgebung überliefert! Es enthält u. a. nicht das reiche, lebende Gewohnheitsrecht ꝛc. der Praxis nach Art des § 2 I 2, dessen Zulässigkeit Savigny doch selbst theoretisch lehrt und welches uns J. A. Seuffert's Archiv vorführt! dieses dritte, nicht in der gesammten Vergangenheit gegebene, sondern heutzutage geschichtlich fortlebende praktische Recht ist für ihn, obgleich seine theoretische Lehre es nicht ausschließt, doch in der Anwendung gar nicht vorhanden! Daraus folgt wieder, daß er es mit dem, von ihm ausgeschlossenen Naturrechte identificieren mußte: Hätte er klarer ersehen, daß dieses praktische Recht nur eine lebende, heutzutage allein gegebene „Geschichte" ist, so hätte er es unmöglich wieder als ungeschichtliches mit dem Naturrecht in einen Topf werfen und in der Anwendung ausschließen können. — Zu dem allen kommt aber, daß Savigny dies praktische Recht, wie oben gezeigt, auch „ausdrücklich" ausschloß! — Irreführend war ferner für den, an der gesammten Vergangenheit haftenden Savigny allerdings auch, daß die Geschichte von jeher zeigt, daß jedes gegebene

Digitized by Google

Recht in einer bestimmten Begrenzung in der That zum Theil Naturrecht anwenden, d. i. Recht theils im Dogma, theils in der Gesetzgebung bei dem Mangel eines geschichtlichen Rechts auch geistig neu schaffen muß, um das unzureichende geschichtlich überlieferte Recht zu ergänzen. Auch das praktische Recht enthält Naturrecht neben Geschichte und zeigte so sogar in der That den, von Savigny als der Verfassung vermeintlich unbedingt schädlich, d. i. als staatsgefährlich bezeichneten und in seinem unberechtigten Extreme allerdings gefährlichen (§ 1, Ziff. 5 I a. E.), unerleuchteten Bildungstrieb; dieser erkannte nicht, daß das praktische Recht dies Naturrecht aber nur in seiner richtigen, nothwendigen Begrenzung zeigt: Damit verdammte also Savigny wenigstens die richtige Anwendung des Naturechtes neben der Geschichte durch das praktische Recht in Dogma wie Gesetzgebung, ohne aber zwischen den, blos aprioristischen, die Schranken der positiven Geschichte nicht achtenden und so allerdings staatsgefährlichen Naturrechtsumsturze und der berechtigten, nothwendigen wie nützlichen empirischen Anwendung eines Naturrechts (§ 1, 5 I) zu unterscheiden! — Damit dürfte aber wenigstens vorläufig der Beweis zur Genüge erbracht sein, wie Savigny nicht nur thatsächlich das praktische Recht durchgängig, auch da, wo es nicht Naturrecht, sondern lebende Geschichte ist, mit einem unberechtigten Naturrechte zusammenwirft und verwechselt, sondern dasselbe so auch gleichzeitig mit dem aprioristischen Naturrechte aus Gründen der nämlichen Politik, welche er gegenüber einer französischen Revolution erstrebte, theoretisch bekämpfen und ausschließen mußte.

Weiter bestehen ja auch allzuleicht Gründe, welche die Verwechselung des praktischen Rechts mit dem Naturrecht durch Savigny entschuldigen! Denn die ganze frühere Zeit, die Praxis selbst, kannte das Wesen und die zugleich geschichtliche Natur des praktischen Rechts noch nicht. Die Praktiker selbst seit dem 16. Jahrhundert beispielsweise motivierten ihr praktisches Recht zunächst vielfach nur durch Naturrecht, auch wenn es geschichtliches Recht war. Ja noch heutzutage kennt Theorie wie Praxis keine andere Motivierung, als: entweder durch Naturrecht oder durch Geschichte; sie kennt kein drittes positives Recht. Wie sollte also Savigny dies kennen? Beispiele zeigen noch jüngst etwa die Beurtheilungen unserer deutschen Civilgesetzentwürfe zur Genüge. Unsere Theorie wünschte bald ein mehr romanistisches, bald ein mehr germanistisches Gesetzbuch; als ob außer diesen beiden, zum Theil vergangenen Rechten kein lebendes praktisches der Gegenwart existierte, welche diese beiden vergangenen Rechte specificiert! Die Motive unseres ersten deutschen Civilgesetzentwurfes von 1888 I S. 6 noch berufen sich, darin allerdings der, zwischen Naturrecht und Geschichte selbst unklar schwankenden historischen Schule folgend, (§ 1, Ziff. 5 III, § 9) einseitig auf eine „Vernunft" des Volkes als letzten Grund des Rechtes; als ob neben der Vernunft des Naturrechtes nicht gleichzeitig eine unwillkürlich gegebene Geschichte

Digitized by Google

suo loco der wahre letzte Grund allen Rechtes wäre! Warum sollen wir es da Savigny verargen, daß Savigny das allein geschichtlich lebende, praktische Recht unbedingt mit Naturrecht verwechselte und deshalb aus äußeren Gründen der Politik und Staatsgefährlichkeit ausschloß? Unsere Aufgabe aber wird es dereinst sein, diese Annahme als eine unmögliche zu widerlegen! Daher hier noch einzelne Vorfragen, bevor wir zur Betrachtung der einzelnen Schulen übergehen!

Eine erste Frage: Ist es denn auch vor allem möglich und wahr, daß erst das staatsgefährliche Naturrecht ein praktisches Recht hätte erzeugen können? Daß insbesondere dies vermittelnde praktische Recht — dies von jeher, von Anbeginn der Welt (§ 3 I) lebende Recht unserer Staaten wie unserer Civilgerichte — erst durch eine französische Revolution erzeugt worden sein sollte? Wäre in diesem einen Punkte nicht selbst eine Doktrin Savigny's kaum geschichts- wie lebenserfahren genug, indem sie dies durch ihr Identificieren des praktischen mit dem ungeschichtlichen Naturrechte stillschweigend behauptete? Vergleichen wir das Staatsrecht und vergleichen wir das Privatrecht! — Sollten vor allen noch jetzt die großen ausübenden „Praktiker" im Staatsrechte z. B., die großen Werkzeuge eines geschichtlich lebenden Rechts, welche jetzt noch im Staatsrechte unwillkürlich zum Vollzuge eines solch unbewußt geschichtlich lebenden Rechts gedrängt werden, erst durch die doktrinär aprioristischen Philosopheme seit den letzten Jahrhunderten allein, sollten sie zu demselben nicht zugleich durch ein wirkliches unwillkürliches Bewegen und sich Entwickeln des „geschichtlichen Lebens" unseres Staatsrechts selbst geführt, gezwungen worden sein, als Vollstrecker dieses lebenden, sich bewegenden und praktischen Rechts? Neuerdings: ein Cavour zur Aufrichtung eines neuen Italiens, ein Bismarck zum Aufbau eines neuen deutschen Reichs, welches nicht mehr das heilige römische Reich deutscher Nation der gesammten Vergangenheit ist? — Sollten ferner noch jetzt unsere ergrauten Civilisten und Richter zu ihrem Verlangen nach einer „neuen", nationalen Civilgesetzgebung, zu ihren fortschreitenden Präjudicien, welche, wie selbst schon in den Fragmenten Justinians! gleichzeitig: gegebenes altes geschichtliches Recht neben werdender neuer natura im Rechte aufzeichnen, erst durch die doktrinären Philosopheme seit dem 16. Jahrhunderte verführt worden sein? Sollte diesen antiken und späteren Praktikern allen erst unsere deutschen Naturrechtslehrer seit dem 16. Jahrhundert, alsdann und nach ihnen ein Jean Jaque Rousseau und die Encyclopädisten, — etwa auch die rights of men von 1774 zu Philadelphia, die ihnen folgenden droit's d'homme der französischen Revolution von 1789, die Grundrechte des deutschen Parlaments von 1848 ꝛc. — die Köpfe verdreht haben, so daß wir Praktiker erst auch jetzt wieder Neubildungen nach Art des § 2 I 2 anerkennen. Während doch nur die, Staat und Recht erhaltende historische Anschauung von Staatsmännern und Gelehrten, wie Metternich, Savigny, Stahl, Gerlach und wie sie alle heißen mögen,

Digitized by Google

allein durch ihr Stehenbleiben beim Vergangenen: — durch Antiquitäten — von jeher Staat und Recht gerettet haben würden?! Wie absurd wäre diese Annahme! — War nicht vielmehr umgekehrt das praktische Recht (§ 3 I), sein Leben mit dem Leben der gesammten übrigen Geschichte überhaupt, vom Anbeginne auf der Welt und vom Anbeginne eine Bewegung und allein eine Weltordnung? Und ist nicht vielmehr diese alte, lebende Weltordnung erst durch das Auftauchen unserer beiden aprioristischen Extreme der Natur- und historischen Rechtsschule gestört worden?

Eben deshalb sofort die zweite Frage: Ist es auch weiter „möglich und wahr", daß unser lebendes und praktisches Recht, auf Staat und Politik übertragen, recht- und staatgefährdend sein könnte? — — Staatserrettung sollte staatsgefährlich sein? Ein Bismarck ein Revolutionär? — — Auch an diesem äußeren Grunde der Spaltung unserer Theorie und Praxis, an diesem schwarzen Vorwurfe dürfen namentlich wir Praktiker doch nicht länger theilnahmslos und ohne Kritik vorübergehen, als ob er uns nicht anginge; er hindert, so albern er ist, noch jetzt die ungestörte Entwicklung und das Verständnis unseres, allein Staat und Recht erhaltenden, allein wahren und segenvollen, lebenden wie praktischen Rechts im Staats- wie Privatrechte! Wir müssen endlich auch der Oeffentlichkeit zeigen, wie Recht und Staat gefährdend und selbst revolutionär doch ganz allein die beiden aprioristischen Extreme sind: das Extrem eines, aus bloßer Vernunft beliebig Recht schaffenden und umstürzenden Naturrechts, wie ganz ebenso das Extrem eines, beliebig und a priori zu einem Rechte einer gesammten halbtodten Vergangenheit oder zu Antiquitäten zurückdrängenden Rechts der aprioristisch doktrinären historischen Schule! Wie dagegen umgekehrt, Staat und Rechtsordnung erhaltend, conservierend, einzig dies lebende Recht ist, welches die sich bewegenden „geschichtlichen" Verhältnisse des Lebens des Rechts offen ins Auge zu fassen, wie rechtlich zu begreifen und zu regeln vermag! Wie dieses letztere sich allein ohne Auflehnung und Revolution einer, nun einmal geschichtlich und in einer Gegenwart allein wirklich gegebenen, unwillkürlichen höheren, göttlichen Weltordnung fügt, welche aprioristischer Menschendünkel nimmermehr aus ihren Fugen reißt wie nimmermehr mit seinem unzureichenden Geiste und mit kleinlich erklügelten Polizeimitteln zu corrigieren vermöchte! Wie das Recht vielmehr „geschichtlich" in jener spontanen, majestätischen Entwicklung lebt, welche sein Leben zeigt und eine Praxis zu spiegeln versucht. Wie deshalb, gleich tief schädigend, allein alles Verkennen dieses gegebenen Lebens sein muß: nicht blos das aprioristische, geistige Nivellieren und Umstoßen des Naturrechts, welches überhaupt keine geschichtlichen Thatsachen dieses Lebens beachtet; sondern auch das Leichengift einer historischen Schule, welches mittels der Miasmen, in Fäulnis übergehender, vergangener, verwesender Bestandtheile eines früheren, vergangenen Lebens das gegenwärtig gegebene zu vergiften

Digitized by Google

vermag, indem die Schule nur das dereinst Gegebene und Vergangene der Geschichte, nicht die jetzigen Stoffe dieser Geschichte beachtet und pflegt. Diese schwere Anklage, diesen aprioristisch großgezogenen Wahn der Staatsgefährlichkeit seitens einer lebensunerfahrenen, romantischen Schule müssen wir Praktiker jetzt endlich in seiner ganzen Sinnlosigkeit mit Entrüstung entlarven und auf diese Schule selbst zurückschleudern: damit wir, wenn wir jetzt wahrhaft geschichtlich gegebenes, lebendes Recht darstellen, nicht vor allem von aprioristischen, wissenschaftlichen Doktrinären fernerhin gestört, gehindert, mißachtet und aus der theoretischen Litteratur des Rechts ausgeschlossen, welche doch da ist, um dem Leben, nicht der Person und den Träumen der Doktrinäre zu dienen! Damit ferner nicht von abnormen Fanatikern auch innerhalb der Praxis länger das wahre Recht geschädigt werde: Von solchen, welche — durch das Vorgaukeln einen Popanz einer Staatsgefährlichkeit, mit welcher sie das, allein wahre und segensvolle praktische Recht umhüllen und verläumden — geschäftsmäßig nach oben angebliche Verdienste erschleichen, um so unsere, correkt mit dem Präjudize unserer höchsten Gerichtshöfe urtheilenden Richter ob ihrer Pflichterfüllnng fernerhin zu maßregeln (§ 4 D IV) und so Recht und Staat zu corrumpieren!

Fassen wir deshalb eine solche romantische Popanz unserer historischen Schule, deren Panik, in praktisch greifbarere *Beispiele*! — Könnte es denn in einem Civilrechte beispielsweise Staat und Recht schädigen und auch nur noch unsere Rechtsordnung von heute aufrechterhalten, wenn vergangenes Recht: beispielsweise eine römische Sklaverei, stipulatio etc. noch als Recht geschützt, die zahllosen Neubildungen unseres heutigen praktischen Lebens des Rechts dagegen, wohlerworbene Reallasten, deutsche Servituten, Besitzverhältnisse, Alimente unehelicher Kinder, vertragsmäßige Erbrechte ꝛc. ꝛc. (§ 2 I 2; § 4 A) uns entzogen und fanatisch verfolgt würden? Könnte im Strafrechte die Rechtsordnung aufrechterhalten werden, dann, wenn wir die classische und mittelalterliche Folter des vergangenen Rechts wieder einführen, unsere modernen Strafgesetzbücher aber wieder beseitigen würden? Im Staatsrechte, wenn wir den Absolutismus der classischen Römerzeit oder den späteren Lehensstaat wieder aufwärmen, nur vergangenes Verdienst, nicht heutiges belohnen und dadurch den heutigen Staat seiner Talente berauben, entkräften und den entkräfteten schwachen Staat alsdann fremden Eroberern oder einheimischem Parteigetriebe preisgeben würden? Im Kirchenrechte, wenn wir einen heutigen Kaiser mit einem sacratissimum Numen eines beliebigen classischen divus Augustus, oder aber umgekehrt die Kirche selbst mit einem byzantinischen, staatlichen Purpurgewande umgeben würden? — Das alles ist die Consequenz des stümperhaften Satzes der Doktrinäre der historischen Schule Hugo's und Savigny's, daß es ein Gebot einer Politik sei, durch ein Recht einer gesammten „*Vergangenheit*" die heutige *Rechts- und Staatsordnung* aufrechthalten, *conservieren* zu wollen! — Diese Ordnung

Digitized by Google

also zu conservieren vermag allein ein lebendes und z. Zeit noch leider nur von einer stummen Praxis nothdürftig copiertes und geübtes, noch nicht allseitig verstandenes Recht! Diese Justitia allein begründet das fundamentum regnorum wie des Privatrechts! —

Eines ist nach dem Allen also freilich zugegeben: Ein Zusammenhang zwischen den Gegensätzen des Civilrechts, welche sich als aprioristische historische Schule des vergangenen Rechts und als aprioristisches Naturrecht darstellen, und zwischen den Kämpfen des alten und neuen Rechts, welches von jeher zu politischen Weltbränden führte, ist ja allerdings da: im Rechte, wie in jeder Geschichte und jedem anderen Leben! Nicht blos in unseren Jahrhunderten: in socialen Bestrebungen, in einer französischen Revolution; sondern auch weiter zurück, in den Kämpfen des Adels und der Zünfte des Mittelalters, in den Kämpfen zwischen Patriciern und plebs im antiken Rom ꝛc. ꝛc.! Es besteht ein Zusammenhang zwischen den Kämpfen der Extreme, zwischen dem blinden Festhalten am alten „vergangenen" Rechte und den subjektiven Reformversuchen einer bloßen „Vernunft" gegenüber einer jeweiligen Praxis: er besteht ganz ohne Verschulden der letzteren. Der Zusammenhang zeigt sich nämlich mehrfach: einmal schon darin, daß der Name Natur- und historisches Recht innerhalb besserer Grenzen auch im praktischen Recht in Frage kommt. Ein Zusammenhang zeigt sich zweitens aber aus dem einfachen Grunde schon, weil ja das lebende, unwillkürlich entstehende praktische Recht nothwendig zwischen diesen beiden Extremen des Natur- und historischen Rechts der Vergangenheit „vermitteln" muß; ein Zusammenhang besteht somit in dem „Berufe" der Vermittlung jedes lebenden Rechts zwischen beiden Extremen; und endlich besteht drittens ein Zusammenhang in der Bewegung. Denn auch das lebende praktische Recht bewegt sich, nur nicht als „bloßes Naturrecht", sondern es bewegt sich zugleich die „ganze Geschichte", wenn auch als eine andere, als die vergangene der historischen Schule: als lebende Geschichte, welche das praktische Recht ist! Savigny hat also völlig treffend erkannt, daß die Gegensätze, welche im großen Ganzen im Staatsrechte, bei politischen Revolutionen und Kämpfen um eine Verfassung ꝛc. auftauchen, bis zu einer gewissen Grenze in „allen Dingen" wiederkehren: auch bei Kämpfen: dem Entwickelungsprozesse innerhalb jenes kleineren Ausschnittes aus der Weltgeschichte oder in jenem Mikrokosmus des Rechtsalls, welcher Privatrecht heißt, und welcher doch in seinem stillen, selbstlosen Wägen und Forschen nach wahrem praktischen Rechte von einer falschen Staatenpolitik nebenbei niemals zu seinem Nachtheile beeinflußt werden sollte! Denn Politik verdirbt alsdann allzuleicht das Privatrecht. Auch in ihm kann so zwar Aktion wie Reaktion des Staatsrechts politisch erregter Zeiten sich spiegeln; besser aber ist es dann vielleicht, wenn dies harmlosere Civilrecht der unbefangenen, sachlichen Forschung seiner erfahreneren Richter überlassen bleibt, wenn die ausübende Justitia eine Binde vor dem Auge behält, als Connivieren mit Politik!

Digitized by Google

Auch wir treiben hier im Privatrecht nicht Politik! Wir freuen uns vielmehr nur, wenn das Wirken leuchtender Geister auch in der Politik, z. B. eines Fürsten Bismarck, dasselbe thut, was Praktiker vielleicht von Adam's Zeiten gethan, und so die „Politik" der doktrinären historischen Schule ad absurdum geführt wird! — — Aber dieser wirklich vorhandene Zusammenhang der Gesetze des lebenden realen und empirisch praktischen Rechts mit den aprioristischen Ideen unserer wechselnden doktrinären Extreme ist doch auch gewiß nicht umgekehrt ein ursachlicher, in der Art, wie Savigny glaubt, daß ein praktisches Recht je die trostlosen Wirren, die Aktion des Naturrechts einseitig hervorgerufen oder auch nur begünstigt hätte, und so, daß wir deshalb alles Leben verdammen dürften! Sondern das Verhältnis ist vielmehr in der That das gerade umgekehrte! — —

Das Bewegungsgesetz und das Bedürfnis vielmehr nach einem gemessenen „geschichtlichen" Fortschreiten ist geschichtlich vom Anbeginne der Welt in jedem Leben, in jeder Geschichte vorhanden oder gegeben und muß berücksichtigt werden: Einfach, weil jede Geschichte und damit auch alles geschichtliche Recht selbst, als öffentliches oder Privatrecht, ja selbst die Politik, lebt und sich deshalb von selbst und unwillkürlich nach ewigen, gleichfalls geschichtlich gegebenen Recepten und Gesetzen bewegt! Diesem Bewegungsgesetze gehorcht deshalb allerdings auch jede Praxis. Dies uralte Bewegungsgesetz ist aber das Gesetz einer höheren, unwillkürlichen, göttlichen Weltordnung. Es lautet: andere Zeiten, andere Orte: ein anderes geltendes Recht. So, zufolge dieses Gesetzes, ändern sich thatsächliche Verhältnisse, geistige Ueberzeugungen und das Begreifen unserer besten Juristen (§ 2 II a). Eben dieses Gesetz der Bewegung aber zeigt sich deshalb auch in jeder anderen Geschichte oder in jedem anderen organischen Leben und Sein ebenso unausweichbar, wie im Rechte; es ist der, allein normale geschichtliche, nimmermehr der revolutionäre Zustand, wie er sich auch selbst dort in jeder Pflanze, in jedem Menschen, in seiner Sprache, Sitte, Verfassung als normal zeigt! Weil dies Leben und Sichbewegen auch im Rechte der normale Zustand ist, ist auch nur der Staat gesund, welcher, wie der menschliche Körper ꝛc., die, nach unwillkürlichen Gesetzen von selbst vor sich gehende Bewegung und Selbstentwicklung, den Stoffwechsel des Rechtes gestattet und so dessen höheren Gesetzen gehorcht: der „Rechtsstaat". — — Dieses Bewegungsgesetz, diese Selbstentwicklung aber des praktisch lebenden Rechts ist, weil in der Weltordnung selbst begründet, nützlich und segenbringend! Dies erzeugt nicht, sondern verhindert, gerade umgekehrt, die, nur bei gewaltsamem Hemmen oder Uebertreiben durch Menschendünkel und Unverstand entstehenden Katastrophen und Revolutionen: Es beseitigt die stagnierenden, faulenden und vergiftenden, todten Bestandtheile des Vergangenen der historischen Schule in dem Organismus des Rechtes und rettet von gleich vergiftender subjektiver Willkür und Utopien des aprioristischen Naturrechts zugleich. Denn beide

Digitized by Google

Extreme sind schadenbringend! Kein praktisch erfahrener Civilist aber wird beispielsweise behaupten, daß die Bewegungen des praktischen Rechts: des Civilrechts in Rom, welches die römischen Prätoren, die Civilrechtspraxis, das Gewohnheitsrecht bei uns nach Art des § 2 I 2, die Bewegungen, welche lebenswahre, praktische Civilgesetzgebungen einsichtsvoll herbeigeführt, nicht nützlich, nicht nothwendig gewesen seien: Und kein erfahrener „Staatsmann" wird ebenso behaupten, daß die Reformbewegungen des Rechts und der Verfassungen eines praktischen Staatsmannes, eines Moses, Solon, eines Karl des Großen, bis auf Bismarck ꝛc. nicht in hohem Grade wohlthätig und segenvoll waren!

Schadenbringend, rechts- und staatsgefährlich sind ebendeshalb allein: die Extreme, welche diese geschichtliche Bewegung und Selbstentwicklung unseres ganzen Weltalles wie praktischen Rechts nicht verstehen, sondern mit ihrem Verstande allein selbst und anders „machen" und beliebig a priori regeln zu können glauben! Das, der göttlichen Weltordnung trotzende, zuwidere aprioristische und extreme Verlangen nach einem unbedingt alten Rechte irgend einer geschichtlichen Vergangenheit unserer historischen Schule ist so im Privat- wie Staatsrechte in gleicher Weise eine rechtliche und praktisch schadenstiftende Unmöglichkeit, wie das umgekehrte Verlangen nach einem unbedingt neuen Rechte oder das Schaffen einer tabula rasa eines ganz neuen Rechtes der Vernunft durch unsere Naturrechtsschulen: Unsere bisherigen doktrinären Rechtsschulen, welche aprioristisch einseitig das eine oder das andere Extrem aufstellen, beide sind eine positive Unwahrheit und gefährlich, weil rechtverletzend! Dem dritten allein berechtigten uralten Gesetze nun einer geschichtlichen Bewegung und Selbstentwicklung selbst da, wo eine lebenserfahrene Gesetzgebung nicht unterstützend an die Hand geht, folgte, allerdings vielleicht theoretisch unbewußt, pragmatisch die Praxis unseres Civilrechts vom Anbeginne der Welt, zum Theil — seit der Glosse — sogar selbstständig: selbst ohne Unterstützung einer gelehrten Theorie und selbst im Kampfe mit einer solchen! Mit wägendem Maße an der Hand unwillkürlich gegebener, allein positiver Rechtsquellen unterschied sie erstens zwischen einem lebenden einer- und zweitens zwischen einem abgestorbenen alten oder drittens zwischen einem utopischen neuen Rechte anderseits. — —

Aber möchten uns schlichten, praktischen Juristen doch niemals philosophisch-aprioristisch überfeinerte Lamelii*) mit ihren höheren Rechtsideen einer „Politik", welche umsomehr geistreich brillieren müssen, je mehr dieselben unwahr sind, a priori, unfehlbar und sich über die unwillkürliche gegebene Weltordnung überhebend, mitten in exakter Arbeit stören! Möchten doch niemals mehr Extreme „aprioristischer" Doktrinen an Stelle wissenschaftlicher induktiver Erfahrung, ganz ohne genügenden Contakt mit den Wirklichkeiten des Lebens und

*) Erlanger Jugendfreunde erinnern sich vielleicht noch eines Scherzes, wie Rosa Stramin.

Digitized by Google

ohne Kenntnis der Uebungen der Praxis, das Gebiet, das Heiligthum unseres „gegebenen" öffentlichen oder Privatrechts beschreiten und dort, in einer rein praktischen Wissenschaft, in Lehre und Litteratur vollends auch noch aprioristisch die Leitung an sich nehmen und auch noch persönlich eine „Herrschaft" an sich reißen wollen, welche doch nur der jeweilig besten, unpersönlichen Erfahrung der realen Weltordnung: der Sache allein, gebührt! Nicht Theorien, welche eine Praxis oder Doktrin erst zu schaffen vermöchte, sondern unwillkürlich gegebene, kategorische Imperative eines erfahrungsgemäßen Lebens des Rechts, welchen eine Doktrin, Theorie und Praxis einfach gehorchen muß, sind es, welche da gemäß dem Leben der Wirklichkeit herrschen sollten: in Privat-, Staatsrecht und Politik! Einzig diese aprioristischen doktrinären Extreme des alten und neuen einseitigen Rechtes dagegen konnten es sein, welche bisher im Leben revolutionär wirken und gegen die erfahrungsgemäß gegebenen unwillkürlichen Gesetzen verstoßen konnten: nicht ein lebendes, praktisches Recht! Jene allein waren es in der That, welche die, in Wirklichkeit gegebenen Gesetze des Rechts je zur Hälfte mittels selbstgeschaffener, zum Theil aprioristischer Schulprincipien, mittels der unverdauten Phrasen „Naturrecht oder Geschichte" verdrängen wollten, indem sie gegen die allein gegebenen oder positiven „Rechtsquellen" verstießen, welche so revoltieren zu können vermeinten! Einzig durch diese aprioristischen Theorien der Extreme sind schon vor allem im Staatsrechte Revolutionen, bald Revolutionen des neuen oder neugeschaffenen extremen Naturrechts, bald Reaktionen und Revolutionen des extremen alten, antiquarischen Rechtes einer Geschichte der gesammten Vergangenheit heraufbeschworen worden. Diese Revolutionen des alten, historischen Rechts im Staatsrechte sind es aber, welche seitdem außerhalb Frankreichs mindestens ebenso viele kostbare Kronen gekostet, wie dereinst die Revolution des neuen Rechts in Frankreich! Frevelhaft ist daher ihre Anklage, daß das lebende, ausgleichende dritte Recht eines, von ihnen unverstandenen, Lebens und seiner Praxis den Staat, das Recht erschüttere, welchen zeitweise sie allein stören! Manches stolze Haupt würde noch seine Krone krönen, wenn es das „Leben" des Rechts verstanden! Denn erhaltend, correkt ist allein das, an der Hand der positiven Rechtsquellen zwischen den aprioristischen Extremen des Naturrechts und der Geschichte der Vergangenheit vermittelnde dritte, lebende oder praktische Recht: im Staats- wie im Privatrechte! Weil kein Recht gefahrlos und in Wirklichkeit je mit unserem extremsten Naturrechte revolutionär alles alte niederreißen und ein Recht mittels Vernunft allein unbedingt neu schaffen kann; wie umgekehrt kein Recht gefahrlos und in Wirklichkeit mit unserer historischen Rechtsschule alles Recht reaktionär-revolutionär von der geschichtlich gegebenen und gewordenen Gegenwart zum Rechte einer gesammten Vergangenheit zurückdrängen: den Greis und Mann zum Säugling, den Strom zu seinem Quell, die Frau zur Jungfrau zurückführen kann! Beides vernichtet die Existenz des Gegebenen weit

Digitized by Google

eher, als es erhält! Ein Drittes allein also ist möglich, ist Recht und Politik: ein Befolgen der erfahrungsgemäß gegebenen Gesetze dieses „Lebens" des Rechts oder der Bewegungen der Rechtsquellen, welche ein Wägen des alten wie des neuen Rechts gebieten! In den abgestorbenen Theilen unseres Rechts neues, in den berechtigt fortlebenden Theilen des Rechts altes Recht: Das allein vermag zu conservieren. Das allein ist Staat und Recht politisch erhaltend; dem allein soll auch fernerhin unbeirrt unser lebendes und praktisches Recht im Staats- wie Privatrecht folgen! Mit dem Nichtbefolgen dieser gegebenen Gesetze dagegen durch die beiden Extreme des Natur- wie historischen Rechts allein sind Schädigungen auf öffentlichen, Rechtsverletzungen auf Privatrechtsgebiete entstanden: Das aprioristische doktrinäre Extrem allein, das Unverständnis des „gegebenen" und berechtigten Lebens, das war bisher der Störefried, der autor rixae!!

Damit sind wir aber vor den eigentlichen viscera causae, vor der concreten Erklärung des erheblichsten „äußeren" Grundes der, zwischen Theorie und Praxis in Deutschland zufolge des Auftauchens unserer deutschen „historischen" Rechtsschule von neuem und noch heutzutage theoretisch fortbestehenden Spaltung, wie vor den Anklagen unserer wechselnden doktrinären Schulen gegen das praktische Recht, angelangt. Ein neues und ein altes, nur extrem aprioristisch aufgestelltes, Recht unserer Doktrinen ringt da noch immer unter sich und mit einem vermittelnden, unwillkürlich gegebenen dritten lebenden Rechte! Stillschweigend und concludent übt dieses dritte Recht unsere Praxis, ohne daß ihr bis jetzt aufklärend ein klar bewußt gefundenes Princip, eine Theorie zur Seite steht! Das „unbekannte Wesen" (§ 1, 3) dieses unseres praktischen Rechts führte zu dessen Verwechslung mit dem staatsgefährlichen Naturrechte, „Politik" zu dessen Bekämpfung und neuer Spaltung der historischen Schule! Deshalb müssen wir jetzt eben hier die Grundfrage nach dem berechtigten Wesen dieses vermittelnden, lebenden, praktischen Rechts von Neuem stellen, welche identisch ist mit der Frage: woraus müssen wir überhaupt ein geltendes Recht schöpfen, und überdies: die bisherigen Rechtsschulen revidieren? Denn diese Grundfrage ist für unser Recht vor allem von einem tiefen, praktischen und zugleich von einem niemals zu unterschätzenden, weil von dem höchsten theoretischen Werthe! Eben diese Frage wird gleichmäßig sowohl die theoretische Berechtigung unserer sämmtlichen bisherigen Civilrechtsdarstellungen bedingen, als auch das praktische Wohl und Wehe eines Recht Suchenden — eines in der Uebung seines Rechts bisher aprioristisch. Gestörten: — unseres Volkes, welches nach seinem wahren Rechte ringt! Und so allein werden wir zugleich die Spaltung von Theorie und Leben wie Praxis heben können! (oben Ziff. 1 und 2).

Wollen nun aber damit jetzt wir Praktiker etwa nicht wenigstens eine sachliche Neuerung — um eines Umsturzes nicht mehr zu



Digitized by Google

gedenken —? Wollen wir damit etwa frevelhaft und vermessen eine materiell neue Schule „gründen"? Allerdings liegt nun zwar in dem „lebenden und praktischen Recht der jeweiligen Gegenwart" unseres praktischen Rechts eine, bereits im Rohbaue fertige, neu zu erkennende: aber nur eine, dem „Begreifen" nach (§ 2 II a γ) neue Schule gegenüber dem früheren Mißkennen vor! Eine Schule, welche materiell und in ihrer thatsächlichen stillschweigenden und concludenten Anwendung und Uebung eben uralt ist, solange schon gegeben, als ein praktisches Recht besteht: denn dieses eben ist uralt und besteht vom Anbeginne der Welt! (§ 1 Ziff. 4 I α mit § 3 I). — Mit dieser neu zu erkennenden, uralten Schule unseres lebenden und praktischen Rechts — welche in der Uebung unwillkürlich längst vorlag, bevor nur unsere aprioristischen Schulen des 16. und 18. Jahrhunderts theoretisch „erfunden" wurden und jene Wirklichkeit theoretisch wenigstens eine Zeit lang stürzen zu können wähnten, — mit dieser Schule somit, welche theoretisch schon veranlaßt war, als der, noch geschichtlich wie lebens-unerfahrene mittelalterliche Magister der Glosse die Veranlassung zur ersten thatsächlichen Entstehung und concludenten Uebung einer doktrinär aprioristischen Schule, wie zur Spaltung von Theorie und Praxis gegeben, — mit diesem Wiedererkennen der Schule der großen, classischen Römer (Vorwort u. Einleitung 1) — — haben wir somit nur eine uralte methodische Schuld abzutragen: Theils eine Schuld an unsere nationale Rechtswissenschaft selbst, welche seit dem 16. und 18. Jahrhundert extreme Doktrinen aprioristisch zu falschen Theorien verführten; theils aber eine Schuld an unser Rechtsleben, welchem diese, zum Theil aprioristischen, von Erfahrung und gegebenen Rechtsquellen sich absondernde Theorie seit der Glosse so manches wohlerworbene Recht (von der Art des § 2 I 2, cf. § 4) grundlos entzog; endlich theils eine Schuld an unsere schwankende Praxis! — — Diese unwillkürlich gegebene alte und doch theoretisch neue Schule, wie deren Grundgesetze sind somit jetzt empirisch und so sachlich zu schildern, wie wenn jemand eine Naturgeschichte des uralten Lebens des Rechts und zugleich eine Grammatik der geschichtlich jetzt lebenden Sprache des Rechts, eine Schilderung der geschichtlich jetzt lebenden Sitte unseres Volkes geben, wie wenn eine Physiologie den jetzt lebenden Menschen objektiv schildern wollte! So ist die alte unbewußte ars unseres eigenen kindlichen deutschen Mittelalters, wie die ars der technisch erfahreneren, hochvollendeten classischen Römer wieder zu beleben: die ars, das Recht unmittelbar aus seinem jeweilig gegebenen Leben mittels seiner formalen Rechtsquellen wieder zu erfassen und zu spiegeln! Nimmermehr eine sachlich neue Schule ist zu gründen, sondern sachlich ist nur das jus, quod est, zu „deklarieren": durch eine Schule des „Lebens" des Rechts!

Wir werden bei dieser Frage, wie wir das Recht finden, freilich nicht auf alle zahllosen bisherigen subjektiven Einzelanschauungen, sondern nur auf die größeren, gegebenen Gruppen von Rechts-

Digitized by Google

anschauungen eingehen können, welche bisher die Rechtsfindung beherrschten: dies sind die „Rechtsschulen". Wir würden uns sonst in ein Unendliches verlieren! Zur Zeit aber ringen, wie gesagt, noch diese drei verschiedene Rechtsschulen innerhalb unseres einen heimischen und nationalen Rechtes vor Erfahrung und wägendem Verstande — theoretisch wenigstens noch immer — um die Palme eines, bis jetzt vor der Oeffentlichkeit noch keineswegs entschiedenen Sieges; wenn auch das stillschweigende Leben und die Praxis der gesammten heutigen Culturwelt thatsächlich sich schon längst entschieden hat: die Oeffentlichkeit ist noch unbelehrt! Lassen wir ebendeshalb jetzt diese drei Schulen, sie der Reihe nach objektiv prüfend, an uns vorüberziehen!

5. Die verschiedenen Civilrechtsschulen.

I. Das **Naturrecht**. — Bis zur Glosse gab es, wie gezeigt, nur lebendes praktisches Recht. Insolange kannte man selbstverständlich ein besonderes, ausschließliches Naturrecht nicht, weil ja alles real lebende, praktische Recht sowohl Geschichte als Naturrecht organisch vereinigen muß. Mit der Glosse nun schied sich in der Doktrin vorerst schon das eine Extrem eines einseitigen gelehrten, geschichtlichen Rechts einer römischen „Vergangenheit" von dem lebenden und praktischen Rechte ab. Dann kehrte die Doktrin eine Zeit lang abwechselnd erst auch wieder zum realen, praktischen Rechte zurück (mos Italicus etc.). Erst dann, unter fortwährendem Schwanken zwischen einseitig gelehrtem und praktischem Rechte endlich, ging eine Doktrin vom vergangenen Rechte zu einem zweiten entgegengesetzten Extrem: eines einseitigen, geistig neues Recht schaffenden Naturrechts über. — Seit dem 16. Jahrhundert nämlich, seit Hugo Grotius, tauchen die verschiedenen einseitigen und ausschließlichen Naturrechtsschulen am Horizonte auf. Diese Naturrechtsschulen erhielten bei uns zuerst die Bezeichnung einer Rechtspartei oder „Schule" nach Art der römischen Rechtsschulen, deren Wesen uns aus den spärlichen vorjustinianischen Fragmenten nicht zur Genüge bekannt ist. Ohne ein Veranlassen und Wollen der Praxis schienen nun diese Schulen, als ein neues Recht, auch die lebende, sich bewegende und deshalb gleichfalls zum Theil neue Geschichte der Praxis erklären, unterstützen und beleben zu wollen. Selbstverständlich aber, ohne so je ganz mit den Grundlagen des praktischen Rechts zusammentreffen zu können: weil dieses ja doch, wie gesagt, Geschichte neben Naturrecht vereinigt! Im weiteren Verlaufe unterschied man alsdann bekanntlich drei verschiedene Naturrechtsschulen: die socialistische von Hugo Grotius selbst, die Thomas'sche, und die Wolf'sche. Ihnen folgen dann noch fortwährend Ausläufer der verschiedenen modernen philosophischen Systeme bis auf den heutigen Tag. Ein näheres Verfolgen dieser Unterabtheilungen indessen dürfte für unseren Zweck der Darlegung einer praktischen Schule kaum ausreichendes Interesse bieten. Es wird hier genügen, deren gemeinsamen Grundzug festzustellen und zu widerlegen. — Um diesen festzustellen, wird freilich nicht blos das ent-



Digitized by Google

scheiden, was Naturrechtsschulen gelehrt haben, sondern nur das, was dem Wesen nach Naturrecht ist; denn ein Naturrecht hat auch die historische Schule gelehrt. Dieser gemeinsame Grundzug aber ist: ein einseitiges und schrankenloses, durch Menschengeist oder Vernunft allein aprioristisch oder deduktiv geleitetes Finden und *Schaffen* von Recht, ohne auf das, in der lebenden „Geschichte" oder den geschichtlichen Rechtsquellen, wie Gesetz, Gewohnheit 2c. bereits gegebene Recht Rücksicht zu nehmen! Das Naturrecht unterscheidet sich somit vom praktischen darin, daß es zufolge seines Principes des Schaffens durch Vernunft, formell nicht nothwendig, mit der Praxis alle Rechtsquellen, materiell nicht zugleich die Geschichte des lebenden Rechts, von der historischen Schule aber darin, daß es überhaupt keine Geschichte sich zu Grunde legt! Nach seiner *positiven* Seite also ist sein Grundzug, daß sein Inhalt, — nach der weitesten Auffassung Savigny's selbst (z. B. in dessen Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. 1815 I S. 2 ff.) — nur ein materielles Produkt einer aprioristischen Philosophie und Spekulation allein ist. Nach seiner *negativen* Seite dagegen ist das Naturrecht, zufolge seiner uneingeschränkten Freiheit des Forschens des Geistes des Einzelnen nach einem Rechte, geradezu eine *Negation* der Berechtigung alles, bisher in der gesammten vergangenen wie lebenden Geschichte vorhandenen Rechts als solchen, soweit es eben gerade zufällig der subjektiven Vernunft des Einzelnen widerstreitet! Gegenüber dem geschichtlichen alten speciell ist es nothwendig stets zugleich ein, im Principe „*neues*" und neu gefundenes. — Nun von seiner Berechtigung! —

»Naturam expelles furca, et tamen usque redibit.« Diesen Satz hat u. a. beispielsweise, wie wir sehen werden, die, das Naturrecht radikal verfolgende historische Schule trotzdem an sich selbst zur Genüge erfahren: indem sie trotz allen Bekämpfens des Naturrechts unbewußt von jeher und nicht selten Naturrecht selbst direkt anwendete! Wie nun also bewährte sich dieser obige Satz eben auch im Rechte? Ein Naturrecht kehrt eben unentbehrlich wieder: bald bei völligen Neubildungen, solange überhaupt noch keinerlei praecedens einer Geschichte vorausgeht; bald aber da, wo früheres, altes Recht abgestorben, und deshalb anderes an seine Stelle zu setzen ist: zur Ausfüllung und zum Ausbau der werdenden Geschichte; zugleich aber zur Kritik des Veralternden de lege ferenda mittels geistigen Durchleuchtens, als: hie und da brickelndes, nur leicht überschäumendes Geistesforschen und als das, was dem Rechte überhaupt sein Leben und Bewegung verleiht! So vermag es in drei Beziehungen: 1. *legislativ* und *rechtsbelebend* überhaupt, 2. *positiv* und 3. als *Rechtsphilosophie* innerhalb einer geschichtlichen Weltordnung, erfahrungsgemäß in die rechten Schranken geleitet, auch fernerhin einen ihm gebührenden Platz auszufüllen. Sehen wir wie!

1. *Legislativ und rechtsbelebend.* Thatsächlich war vor allem das Naturrecht bisher für unsere *Gesetzgebung* gegenüber früheren historischen Zuständen von geradezu hervorragender Bedeutung!

Digitized by Google

Seine Gesetzbücher eröffnen die Pforten und Ideen einer Neuzeit gegenüber einem Mittelalter vollends. Sie stehen zwar — und auch da nicht einmal beispielsweise im heutigen vollendeteren Strafrecht, sondern nur im Civilrecht — an „Form" vielleicht hinter dem überlieferten, namentlich dem classischen römischen Rechte noch weit zurück; wohl schon deshalb, weil seit Eintreten der besseren Form der Sprache ꝛc. in unserem Jahrhunderte die historische Schule Gesetzgebungen wie eine lebenswahre Wissenschaft verhinderte. An materieller Wahrheit aber der Darstellung für das heutige Leben des Rechts überragen umgekehrt moderne Gesetzbücher für uns selbst das, für seine Zeit unübertreffliche, classische, römische, nothwendig nicht selten um ein Bedeutendes: einfach, weil das Recht lebt, sich bewegt, ändert. So beispielsweise die zahlreichen Reformationen des Civilrechts seit dem 16. Jahrhundert bis herab zum preußischen, österreichischen Landrecht, zum code civil etc. durch ihre, materiell wahrere Spiegelung des, zum Theil anderen germanischen und heutigen Rechtslebens und seiner Entwicklung (§ 1, 4 I β)! Namentlich im Strafrechte sind ja die großen Reformen des römischen wie des Strafrechts der Carolina durch des Naturrechtsanhängers Feuerbach bayer. Strafgesetzbuch von 1813 von hervorragender Bedeutung! Im öffentlichen Rechte, bei Gewährung der modernen Staatsverfassungen endlich waren sie vollends tonangebend! Noch in unserem Jahrhunderte sind so die Namen Feuerbach, neben dem zur Praxis neigenden Thibaut, dem Vertreter der jetzt zum Siege gelangenden Idee eines einheitlichen, nationalen deutschen Civilgesetzbuches, neben einem Gönner als Schöpfer des bayer. Hypothekengesetzes von 1822 mit seinen Vorzügen für den Realcredit ꝛc. für ihre Zeit von hervorragender Bedeutung gewesen. Diese Zeit hätte auch noch, nicht ein formvollendeteres, aber ein, für ihre Zeit verhältnismäßig materiell besseres Civilgesetzbuch zu Stande gebracht, als wir jetzt, nach fast hundertjähriger Irreleitung zu Antiquitäten durch eine historisch-romantische Schule (§ 9)! Und deren Schöpfungen und Wollen lebt so zum Theil zweifellos noch jetzt populär in dem Gedächtnisse unserer praktischen Juristen. Sie konnten im Effekte wenigstens wohlthätig wirken, soweit ihr Naturrecht nicht geschichtlich fortbestehende, wohlerworbene Rechte verletzte! — — Wie aber war dies möglich? Wir haben doch soeben erst gesehen, daß das Naturrecht blos auf reinen Naturrechtsgebieten wirklich begründet ist; nur da also, wo keine lebende Geschichte — nicht da, wo eine solche — gegeben ist! — — Aber auch da schuf es eine Geschichte! Da kam wenigstens ein unbekannter Herrscher einer Wirklichkeit im Rechte, ein Prospero zu Hülfe; sein Luftgeist und Kobold Ariel drehte das speculierende Naturrecht jetzt geradezu im Kreise und führte es unbewußt auf Gebiete, welche doch nicht diesem Naturrechte, sondern nur der Wirklichkeit einer „Geschichte"! dienstbar sind: — Die Erklärung dieses Umstandes also, warum Naturrechtsphilosophieen, trotz ihres einseitigen, theilweise sogar unbedingt falschen Grundprincipes

Digitized by Google

eines Vernunftrechtes — und abgesehen von einzelnen philosophischen Ueberschwänglichkeiten, wie z. B. der Abschreckungstheorie Feuerbachs ꝛc. — dennoch wohlthätige, praktische Gesetzbücher, u. zw. gerade mit lebender „Geschichte" brachten, ist folgende: Während das Naturrecht allerorts, selbst da, wo eine Geschichte allein berechtigt ist, neues Recht aus Vernunft schaffen zu können vermeinte, unterlag es in diesem letztgenannten Falle doch unbewußt einer unwillkürlichen Herrschaft: einer lebenden Geschichte! Dies aber erklärt sich daher, daß auch die menschliche „Vernunft" der bloßen Naturrechtsanhänger nicht immer besseres zu schaffen wußte, als die vorhandene lebende Geschichte! Insoweit bewährte sich hier alsdann eben in der That der, gleichfalls bekannte, von Kobold Ariel geleitete Satz Hegels, „was vernünftig, das ist wirklich, i. e. hier Geschichte, und was wirklich, i. e. Geschichte ist, das ist vernünftig": Freilich ist dies nur eine Ueberbrückung; die Grundlage ist noch immer eine verschiedene; beim Naturrecht: Vernunft, bei der praktischen Wirklichkeit: lebende Geschichte! Aber dies führte beide doch zu demselben Ziele: einer lebenden „Geschichte"! Denn auch die Geschichte wurde ja eben so dem Naturrechte plötzlich vernünftig und „berechtigt": Nur freilich, wie gezeigt, auf Umwegen! So brachten aber diese Naturrechtsphilosophen vielfach sogar auch noch eine weit bessere, wahrere, vielfach nämlich eine pragmatisch lebende Geschichte, eine bessere, als eine von der historischen Schule und seit der Glosse thatsächlich zu Tage geförderte „vergangene"! Auch sie hielten nämlich so nicht unbedingt die abgestorbenen „Antiquitäten" des römischen Rechts und der gesammten Vergangenheit der historischen Schule, sondern nur die heutzutage wirklich lebende praktische, zudem bei näherem Zusehen zufolge der Rechtsquellen sogar allein positive Geschichte der Gegenwart für vernünftig! Weit vernünftiger als die Antiquitäten hielten sie namentlich die Neubildungen der Praxis nach Art des § 2 I 2! Das aber waren, wenn auch freilich nur mehr zufällige und unbewußte, so doch gewiß höchst wohlthätige Wirkungen des Naturrechts: selbst auf Gebieten, auf welchen es unberechtigt war und ist! Unsere Naturrechtsphilosophen gingen damit nur mit dem allein berechtigten geschichtlichen Rechte der Praxis thatsächlich Hand in Hand! Sie retteten so Leben und Praxis — wie Feuerbach im Strafrecht, so die Civilisten in den Civilgesetzgebungen — vor den sich vordrängenden, übergelehrten und rechtsverletzenden Antiquitäten der doktrinär historischen Schule seit einer Glosse; diese ihre Gesetzgebungen wurden eben wohl stets zugleich auch noch von Praktikern gegen philosophische Ueberschwänglichkeiten controliert: von Ministerien, von Gesetzgebungscommissionen, Volksvertretungen. Deren concludente, dem Wissen noch unbekannte Grundprincipien führten somit diese Naturrechtsphilosophen nur unbewußt in Wirklichkeit in ihren Gesetzbüchern aus, und diese waren: geschichtlich lebendes Recht! So erwarben sich aber diese Naturrechtsschulen nichtsdestoweniger, trotz ihres zum Theil unwahren, theoretischen Princips und trotz ihrer theilweisen

Digitized by Google

theoretischen Unwahrheiten auf legislativem Gebiete thatsächlich zumeist Lorbeeren, den Dank der Praxis und allgemeine Anerkennung!

Ebenso, wie die Gesetzgebung, aber „belebt" das Naturrecht alles übrige Recht. Als opinio necessitatis ist es: Vorbedingung des Gewohnheitsrechts, als innere Gründe oder allgemeine Ueberzeugung des Volkes ist es: direkt die dritte Rechtsquelle des Juristenrechtes und unter Umständen ausnahmsweise selbst primäre Rechtsquelle (§ 7 A 4), so zwar, daß ohne Naturrecht alles Leben des Rechts entflieht!

2. Dogmatisch. Wie wir soeben erwähnt, gilt das Naturrecht ja auch in bestimmten Grenzen sogar in der That als direkt anzuwendendes, „positives" Recht: Zumeist subsidiär: soweit nämlich eine Geschichte oder ein geschehenes Vorbild, wie gesagt, nicht oder nicht mehr mit Grund (zufolge der abrogierenden Rechtsquellen) vorliegt. Wir werden dies Eine unten noch näher aus den Rechtsquellen, wie dem Leben und seinen Erfahrungen zu begründen versuchen müssen! (§ 6 I a mit II c und § 7 A 1.) — Auch hier aber trat eine merkwürdige Erscheinung ein! Auch hier kam nun auf einmal wieder unbewußt umgekehrt die Gegnerin und erbitterte Feindin des Naturrechts, die das Naturrecht verdammende, polternde historische Schule diesem wieder corrigierend zu Hilfe! Der schelmische Luftgeist und Kobold nämlich, der Ariel des Herrschers Wirklichkeit im Rechte, drehte da auch noch sie, diese Gegnerin, diese historische Schule, wie früher schon die Naturrechtsschulen, im Kreise; er führte umgekehrt — auf nicht geschichtlichen, sondern Naturrechtsgebieten — auch sie auf Gebiete, welche doch nur dieser hier herrschenden Wirklichkeit, des empirischen Naturrechts, angehörten: er machte damit eben auch die historische Schule den Wirklichkeiten eines positiven Naturrechts und ihrem Prospero dienstbar! — Kurz: auch die „historische" Schule wendete so in Wirklichkeit keineswegs etwa blos ihr historisches Recht an! sondern vielfältig selbst Naturrecht (§ 7 A I c). Nur hier auch noch wieder weit besseres, als die Naturrechtsphilosophie der früheren Jahrhunderte selbst! Insoferne also eben bewährte sich auch hier, bei der historischen Schule selbst, der soeben erwähnte Erfahrungssatz: naturam expelles furca, tamen usque redibit wieder, so fanatisch diese historische Schule auch alles Naturrecht mit der Wurzel ausrotten und ganz exclusive einer vergangenen Geschichte dienen zu können vermeinte! So traf aber, wie auf geschichtlichem Gebiete dereinst unbewußt die Naturrechtsschule mit einer besseren Geschichte, jetzt auch auf diesen nicht geschichtlichen Naturrechtsgebieten unbewußt die historische mittels eines besseren Naturrechts mit den gediegeneren, concludenten, empirischen Uebungen des „Lebens" und der Praxis wieder zusammen: Die historische Schule wendete so auch methodisch zumeist nur genau soviel Naturrecht an, wie die, von ihr als verabscheuungswürdiges Naturrecht verdammte Praxis selbst: Nicht mehr und nicht weniger! — Wie nun die historische Schule die früheren Naturrechtsschulen darin mit Recht corrigierte, daß sie, besser als diese,

Digitized by Google

wenn auch gegen ihr Schulprincip, doch zugleich Naturrecht theoretisch völlig correkt, nie a priori und aus einer subjektiven Vernunft jedes Einzelnen allein, sondern umgekehrt aus einer allgemeinen Erfahrung feststellte, davon unten (§ 7 A 2 β c). Einzelne Beispiele: Bald in einer Anwendung der „Natur der Sache" beispielsweise des deutschen Privatrechtes eines Eichhorn und der übrigen Historiker; bald aber in Savigny's allgemeiner „Ueberzeugung des Volkes" als Ganzen, in seiner „Freiheit" neben Nothwendigkeit ꝛc., welche Savigny selbst neben Puchta vertrat, bald in den inneren Gründen und dem wissenschaftlichen Rechte Puchta's ꝛc. ꝛc.: da überall steckt Naturrecht; nur kein deduktives, aprioristisches, sondern: eben ein induktives, empirisches. Und so eben wendete auch die historische Schule ihr Naturrecht, und zwar gemeinschaftlich mit der, wegen eben dieses Naturrechts von ihr bis auf's Messer verfolgten, stummen Praxis an. — Freilich wird dieser Umstand, diese Anwendung eines Naturrechts durch die historische Schule selbst, wie schon Hegel, Gans und andere bemerken, dieses überdies zum Theil glitzernde, geistreiche eigne Prunken mit den fremden Federn desselben geistigen Naturrechts, welches sie doch ganz von der Welt vertilgen zu wollen erklärte, der historischen Schule selbst zum Theil tödtlich, dem Naturrecht nützlich werden müssen! Denn derjenige, welcher weiß und erklärt, daß Naturrecht ihm tödtlich sei und selbst davon ißt, erklärt sich selbst für einen an solchem Sterbenden: qui en mange, en meurt! Damit freilich mußte sich in der That die historische Schule nebenbei auch schon auf der einen Hälfte des Rechtsgebietes, dem nicht der Geschichte, sondern dem Naturrechte unterliegenden Gebiete, selbst einen Todesstoß zu Gunsten des Naturrechts versetzen! (Man vergleiche auch schon Stintzing: Fried. C. v. Savigny, ein Beitrag zu seiner Würdigung 1862, S. 47—53; — E. J. Bekker: über den Streit der historischen und der filosofischen Rechtsschule. Heidelberg 1886, S. 20.) Und es fragt sich alsdann, wenn dereinst diese historische Schule leben soll, nur noch etwa, ob diese Schule alsdann wenigstens auf ihrem eignen geschichtlichen Gebiete Stand hält, ob sie wenigstens da noch in ihrer Geschichte einer gesammten „Vergangenheit" eine wahre Geschichte bietet. Doch davon an der Stelle, welche der historischen Schule zugewiesen werden wird (§ 1, 5, II)! — Aber auch bei den einseitigen Naturrechtsschulen ist ähnliches der Fall! Denn wenn einem Hegel das Wirkliche vernünftig erscheint i. e. die Geschichte, warum gesteht er nicht gleich, daß auf einer Hälfte des Rechts Geschichte gegeben ist? Wie dem aber auch sei, der eine Erfolg ist nicht zu bezweifeln: Nicht zwar nach den verdammenden, polternden eignen Worten, sondern nach dem eignen Handeln der historischen Schule ist das Naturrecht — auf bestimmt begrenzten Gebieten — auch positives Recht. Dies bezeugt die historische Schule selbst: Denn diese wendet es selbst, und richtiger an, als die Naturrechtsschulen!

So werden wir aber schon jetzt das bisherige, zum Theil nützliche,

Digitized by Google

zum Theil „positive" Wirken der Naturrechtsschulen im Civilrechte dahin zusammenfassen können! Auf denjenigen Rechtsgebieten, wie gesagt, auf welchen keine Geschichte gegeben oder möglich ist (§ 6 I a II c, 2), war das Naturrecht, nur richtiger, als bisher und empirisch erfaßt, ohnehin von jeher allein berechtigt. Selbst aber auch da noch, wo Geschichte doch allein Platz zu greifen hatte, nicht Naturrecht, unterstützten die Naturrechtsschulen wieder — wenigstens unbewußt im Civilrechte die lebende „Geschichte" der Gegenwart, welche die Basis unseres praktischen Rechts bildet, namentlich beispielsweise bei positiven Neubildungen (§ 2 I 2) und bei der Gesetzgebung. — So haben wir gesehen, daß und warum das frühere Naturrecht, so sehr auch seine theilweisen Extreme und Unwahrheiten auf öffentlichem und staatlichen Boden schwere Verheerungen anrichteten, doch speciell auf Privatrechtsgebieten, wenigstens bis zum letzten Jahrhunderte, weder in Gesetzgebung noch im positiven Dogma zufällig wirklich einen wesentlichen Schaden anstiftete; sondern, im Gegentheile, unbewußt das, allein gegebene oder positive lebende und praktische Recht noch unterstützte; namentlich darin, daß es, — wenn auch in der irrthümlichen Meinung, es liege Naturrecht vor, — die lebende „Geschichte" und die geschichtlichen Neubildungen der Praxis (§ 2 I 2) in Gesetzgebung und Dogma als vernünftige förderte! Das änderte sich freilich später beim Auftauchen der socialen Fragen! Davon unten.

3. Philosophisch endlich ist ja das Naturrecht darin ohnehin berechtigt, daß es durch sein geistiges Erfassen der ratio und Triebfedern des Rechts die legislative wie positive Darstellung des Rechts in ihren größeren Zügen fortwährend begleitet und durch seinen Geist und Philosophie die Einsicht in die Nothwendigkeit eines Gegebenen zu fördern und zu erleichtern vermag: selbst das anscheinend Unvernünftige, solange es Rechtsquellen gebieten und nicht legale Reformen eintreten! Gewissermaßen als eine Philosophie der Nothwendigkeit einer Empirie, welche — hier ganz an ihrem richtigen Platze — freilich sogar auch mit Uebertreibung wieder, der obencitierte Satz Hegel's versucht: Was vernünftig ist, das ist wirklich ꝛc. (Der Satz ist ein allerdings übertriebener. Denn es gibt ja doch auch so manche, von Menschen geschaffene Wirklichkeiten, welche an sich recht unvernünftig sind!) Gerade auch Savigny selbst hat in seinem Systeme überhaupt diese Seite des Naturrechts zur Genüge vor allem ausgebeutet!

Dies das, wenn auch zum Theil unbewußte, dreifach berechtigte Wirken des Naturrechtes! — Nun aber freilich auch zur andern Seite, zur „Kehrseite"! — Schon das griechische Alterthum zwar überliefert uns den Satz, daß alles in der Welt Fluß sei. Kaum ist dies ohne Abmaß richtig! Richtig vielmehr ist blos, daß der gesammte Organismus des Menschen und seines Rechts zwar ein geschichtliches „Leben" und sich Bewegen zeigt; dies organische „Leben" aber birgt in sich allerdings wieder zwei verschiedene Elemente: sowohl „flüssigen" Geist, wie einen solchen Fluß oder flüssige Materie eben das „Natur-

Digitized by Google

recht" zeigt, als überdies auch die „feste", wenn auch gleichfalls lebende, sich bewegende, wachsende Materie der „Geschichte". (Aehnlich etwa auch, wie der lebende, menschliche Körper weiter aus flüssigem Blute und festen Materien zugleich besteht!) Ein ausschließliches Ueberlasten also des Rechtsorganismus mit „flüssigem" Vernunftsrechte allein wäre eine tödtende Hypertrophie des Rechtsorganismus mit diesem einseitigen, flüssigen Naturrecht, welche diesen ertränken müßte, sobald die Zauberlehrlinge Goethe's, welche diese flüssigen Geister losgelassen, dieselben nicht zugleich in die, ihnen gebührenden, geschichtlich empirischen Schranken des Lebens zurückzubannen vermögen! Ein Uebergenuß von Geist allein würde mindestens mit seinem geistigen Inhalte einen vorübergehenden Rausch erzeugen können, welcher der Menschheit unausführbare lügenhafte Ideale vorgaukelt; diese Ideale werden aber alsdann empirisch, auf nüchternem, realen, geschichtlichen Boden angelangt, innerhalb einer dira necessitas einer Wirklichkeit entweder überhaupt nicht, oder doch nie so ganz, den Träumen gleich, zu erreichen sein, und dann mindestens in einen langen Katzenjammer eines Elends enden können!

An sich ist so das Naturrecht, auch allerdings nur in bestimmter Qualität, nicht unbedingt befähigt, reales Recht darzustellen. Denn das doktrinäre Naturrecht „macht" im Staats- wie Privatrechte sich das Recht nicht selten a priori aus der eignen Vernunft, aus subjektivem Ermessen; aus subjektiver Billigkeit oder Gerechtigkeit des Einzelnen schon macht dieser ein Recht selbst; bei beschränkterer Vernunft nichtsdestoweniger aus Phantasie und — selbst aus Autoritätsglauben gegenüber überlegenen, gebildeteren oder raffinierten Agitatoren ꝛc. — Der Anarchist beispielsweise hält ja ein unbegrenztes sich Losbinden des „Einzelnen" vielleicht von jedem staatlichen wie privatrechtlichen Rechte der Gesammtheit für „sein Recht", obgleich mit solchem Naturrechte doch das freie Zusammenleben und sich Bewegen aller übrigen Mitbürger innerhalb ihrer Rechtssphäre, also Recht unmöglich sein würde! Nach diesem seinem „vermeintlich gerechten" Naturrechte vergewaltigt, mordet er selbst auch unter Umständen jeden, von welchem er, nach seinen aprioristischen Träumen, es für möglich hält, daß dieser die sogen. bloße „Gesellschaft" hätte anders, zum unerreichbaren Ideale hätte machen können: Das alles hält er für „gerecht" und für „Recht"! — Daraus aber folgt, daß auch das bloße subjektive Naturrecht, die bloße Vernunft des „Einzelnen", alles das, was jeder Einzelne für „gerecht" hält, nicht unbedingt Recht sein kann: schon weil jeder immer etwas anderes, vielleicht selbst das Gegentheil von Recht, für Recht halten würde! Daß, wenn jedermann nach seiner Vernunft das Privatrecht und den Staat umstürzen könnte, niemals ein Rechtszustand möglich, sondern die Revolution, Gewalt, nicht Recht, permanent erklärt wäre, daß deshalb ein „Recht" auf festeren Grundlagen beruhen muß, als auf der bloßen Vernunft oder dem Naturrechte jedes Einzelnen, und daß der Wahn, Recht unbedingt aus dieser Vernunft jedes Einzelnen

Digitized by Google

ohne Rücksicht auf geschichtliche Ausführbarkeit machen zu können, — dies unbedingte Naturrecht — auch selbst eine Krankheit einer ganzen Zeitströmung sein kann! Solche feste Grundlagen zeigt uns aber allein das reale Leben des Rechts!

Diese „festeren" realen Grundlagen des „Lebens" des positiven Rechts nämlich sind allein die, erfahrungsgemäß bindend „gegebenen" Formen der positiven Rechtsquellen! Der Geist des Naturrechts ist dabei allerdings zwar das, was innerhalb dieser exakten, positiven Formen der Rechtsquellen das Leben des Rechts zumeist erzeugt; aber ein berechtigtes Leben wird er nur, wenn er innerhalb dieser Formen als Geist und Vernunft, nicht blos der Einzelnen, sondern der Gesammtheit des Volkes (seiner Juristen) auch zur realen Geschichte sich verkörpert. So kann dieser lebende Geist des Naturrechts der Gesammtheit des Volkes, nicht der Einzelnen, als allgemeine Rechts-Ueberzeugung des Volkes (der Regierenden wie der Regierten vereint) nach Savigny oder als die sogen. innern Gründe des Juristenrechts, welches als Träger des Rechts im Volke erscheint, real bald als dritte subsidiäre Rechtsquelle allein die Lücken ausfüllen, welche die geschichtlichen Rechtsquellen, Gesetz und Gewohnheitsrecht, gelassen, bald ausnahmsweise als die sog. höheren Rechtsgründe in sporadischen Fällen allein sogar sofort in das reale Leben übergehen und sogar dem geschichtlichen Rechte, dem Gesetz und Gewohnheitsrechte, als primäre Rechtsquelle vorauseilen (§ 7 A 4). Dies Naturrecht der Gesammtheit belebt ferner überdies auch selbst jede Geschichte des Rechts; es gibt einmal der Gesetzgebung, sobald es in realer Geschichte ausführbar und nothwendig, den Impuls zur lex ferenda, wie dem Gewohnheitsrechte, als allgemeine opinio necessitatis, den Impuls zur Bildung der constanten Uebung des Gewohnheitsrechts. Das alles aber ist, wie gesagt, berechtigt nur, wenn es Vernunft, Geist, Ueberzeugung der „Gesammtheit" des Volkes, der Regierenden wie der Regierten, des übenden Volkes wie der rechtsprechenden Juristen, nicht blos subjektive Anschauung des Einzelnen geworden und so in den festen Formen und Schranken dieser Rechtsquellen sich bewegt. — Das Charakteristische des falschen aprioristischen, revolutionären Naturrechts dagegen ist, daß der Einzelne für sich schon aus seinem subjektiven Geiste allein stets lebendes Recht „machen" zu können wähnt oder doch durch Agitationen die Einzelnen oder die Massen, (wie die Anarchisten), auf subjektiven Rechtswahn hin zu Gewalt und Revolution gegen das Recht der Gesammtheit fortreißen zu dürfen wähnt. Das letztere eben ist es, welches die Krankheitserscheinungen und Revolutionen der Neuzeit erzeugt hat! —

Gerade die Krankheit unserer Gegenwart ist vor allem eine solche Krankheit der Aprioristik eines Naturrechts in verschiedenen Formen; dies unbedingte „Machenwollen" von Recht, ohne jede Rücksicht auf das schon gegebene Recht der legal geordneten Gesammtheit und auf real geschichtliche Ausführbarkeit oder Empirie! — Eben jetzt liegt so ein großer Theil der Menschheit an diesem „morbus

Digitized by Google

aprioristicus" schwer darnieder, nahezu wie an einer verheerenden Epidemie! Doch ist der Keim der Krankheit gewiß nicht erst in unseren Tagen entstanden! Wir müssen in der „Geschichte dieser Aprioristik" zurückgreifen, um zu ersehen, wie schon früher solche Keime des Rechtmachens für uns schadenbringend gelegt wurden, und wie sich dieselben leider seitdem in's Riesige ausbreiteten! — Am wenigsten kannte diese Krankheit vielleicht noch eine antike Zeit. Diese nämlich entwickelte ihre Cultur: ihre Religion, ihren Staat, ihr Recht noch mehr empirisch aus eigenem Leben und aus eigener Kraft! Diese antike Cultur nun unterbrach zwar die, mit dem Werthe einer Bildung und eines Wissens noch nicht vertraute, jugendlich rohere Lebenskraft der erobernden Germanen: bloße Macht allein. Bald aber ahnten auch deren spätere Staatsleiter den Werth einer solchen Cultur. Sie wollten jetzt jene überragende fremde Bildung rascher zu uns zurückführen, als dies unsere eigene Kraft und eigenes Wissen hätte spontan bewältigen, verdauen können; und dies eben versuchten sie jetzt a priori auf künstlichem Wege zu „machen". Die Zeit eines Karl des Großen beispielsweise sah die Kirche im alleinigen Besitze der mächtigen antiken Bildung. Sie eben sollte jetzt alle Bildung, alles Recht auch für uns künstlich „machen" und selbst bieten. Damit aber ward schon damals speciell der Kirche eine Thätigkeit a priori zugewiesen, welche nicht der eigentliche Lebensberuf der Kirche als solcher sein konnte. Denn ihr Beruf ist ja die Religion oder Gottesverehrung, diese ethischen Beziehungen zu Gott und den Menschen in der Moral; diese als solche ist selbst „technisch" auch kaum sachverständig genug, um alle äußeren Missionen einer Cultur: alle weltliche Wissenschaft, die ganze Staatsleitung, die Verwaltung des Staates, die Leitung der Gemeinde, der Familie, die Handhabung allen Rechtes, die Schule, die Kunst ꝛc. allein in Selbstbetrieb zu übernehmen: sie ward aber a priori zur Trägerin all' dieser Culturarbeiten „gemacht", zu welcher sie doch nach der Intention ihres eignen Stifters und der Apostel nicht berufen war. Dieselbe fand aber trotzdem als Tochter eines jüdischen hierarchischen Staates im alten Testamente wie im Byzantinischen Staatskirchenthum ähnliche Vorbilder vor, und die Kirche übernahm und besorgte nichtsdestoweniger die Pflege der gesammten Cultur. Sie besorgte jetzt die ganze Staatsverwaltung vielleicht mit einziger Ausnahme des Waffendienstes und alle übrigen Culturarbeiten, wenn auch der Natur der Sache nicht überall in technischer Vollendung und niemals als Religion, wohl aber infolge der Bildung ihrer geistlichen Beamten als die alleinige Trägerin und Bewahrerin selbst der Schriftsprache wie der gesammten antiken Cultur und Wissenschaft! Wie aber die Kirche so a priori die Cultur „machte", so machte umgekehrt alsdann der Staat jetzt durch seine Staatsgewalt auch die Religion, und den Bestand zu Gunsten der Kirche: nicht mit innerer Glaubensüberzeugung, sondern äußerlich, künstlich, mit dem Schwerte verbreitete er das, allerdings vollkommenere, Christenthum bei den Sachsen und Wenden; später noch:

Digitized by Google

durch Kreuzzüge, durch Ketzergerichte 2c.! Selbstverständlich ist aber, daß, sobald so die Kirche von dieser ihr fremden, ihr als solcher nicht gehörigen, rein weltlichen „Macht" und „Gewalt" aß, in ihr die Religion selbst insoweit entweder ersterben oder doch leiden konnte, als dieselbe solch' weltlicher, politischer Macht an Stelle einer Uebung der Religion und vor der Religion, diese Politik bevorzugend, dienstbar wurde! So aber erstarrte infolge dieses aprioristischen Recht-„Machens", dieses Machtstrebens und Erwerbens, jene mittelalterliche Kirche mehr und mehr in politischer Macht, Reichthum und Genuß, bis eine Reaktion eintrat; bis alsdann ein Streben, die Kirche wieder zu reformieren, diese selbst spaltete, und nun auch die, sie damals noch stützende weltliche Macht, trotz eines 30jährigen sog. Religionskrieges, nicht mehr die alten Funktionen und jetzt Prätentionen der früheren Kirche, die aprioristischen Ideale des Mittelalters, zu den, sich abspaltenden Theilen der früheren Kirche zurückzuführen vermochte!

Damals hatte die Neuzeit begonnen! Man ersah, daß auch die, zumal in äußerer Beschäftigung erstarrende Kirche und Religion rechtlich nicht alles a priori und vollendet machen konnte, was außer ihrer Berufssphäre der Gottesverehrung lag. Statt aber diese, der Kirche nicht als solcher zustehenden Culturarbeiten und deren Mission und Pflege nun auf ihre eigenen Füße und Kraft, auf eigene reale Basis zu stellen und durch sich selbst fortzubilden, statt diese so frei sich selbst fortentwickeln zu lassen, ging eine neue Aprioristik, ging ein anderer aprioristischer Theil unserer Intelligenz nur wieder sofort auf einen zweiten, gleichfalls „äußeren Träger" der Cultur an Stelle der früheren Kirche über, welcher dieselbe Cultur jetzt gleichfalls a priori in „Selbstregie" übernehmen sollte, wie weiland die Kirche; er verfiel jetzt a priori auf die Besorgung solcher fremder, dem Staate als solchen ebensowenig angehörender Angelegenheiten: durch den Staat; während gleichzeitig der ältere aprioristische Theil, die Parteien des älteren historischen Kirchenrechtes (§ 4 C d), allerdings gleichfalls noch immer bei der früheren aprioristischen Idee stehen blieben, daß die Kirche neben ihren eigenen Angelegenheiten auch fernerhin diese, ihr als Religion nicht zustehenden Culturarbeiten fortbesorgen müsse; so ein Jesuitismus, der Ultramontanismus, vielleicht die Anhänger einzelner protestantischer Staatskirchen, auch anderer Religionstheile, theilweise selbst des Judenthumes vielleicht, eine russisch-griechische Kirche, orientalische, türkische 2c. Religionen u. s. w. Wie somit früher die Kirche allein solche, ihrem Berufe und Wesen nicht angehörige Dinge besorgen sollte, so wurden jetzt in der That an deren Stelle dem Staate a priori eben auch die Culturarbeiten zugewiesen, welche seiner Aufgabe und Competenz als Staat gleichfalls nicht zustanden, und in welchen er ebensowenig sachverständig war, wie die Kirche: Denn auch der Staat, wie die Kirche, hat ja nur eine bestimmte, ihm zugehörige Berufssphäre: die gegenseitige Ordnung und allenfallsige Unterstützung der weltlichen Rechte und Interessen nach innen und

Digitized by Google

außen, nicht aber der Selbstbesorgung dieser Einzelinteressen auf Regie! Verlangt man vom Staate mehr, verlangt man umgekehrt Eingriffe in die, ihm nicht zustehende Pflege sogar der Religion, zum Theil in das Innere der Gemeinde, der ihn nichts angehenden Familie als solcher, Beseitigung von Privatrechten, alleiniges Tonangeben in Wissenschaft, Kunst, Arbeit 2c. so ist auch dies ein aprioristisches Machen, ein bloßes Surrogat, ein „Machen" des Staats zum Arbeiter, Künstler, Gelehrten 2c. Es ist dies somit theils eine Schädigung des Lebensnerves dieser Interessen selbst, theils aber eine empirisch-praktische Unmöglichkeit, weil der Staat als solcher, wie gesagt, ebensowenig überall sachverständig ist, ganz wie die damit a priori dereinst betraute Kirche des Mittelalters: (ähnlich beispielsweise dereinst etwa jener andern aprioristischen, vorübergehenden Utopie, daß auch schon der „Dichter" das Leben sollte leiten können, welche ja dereinst ein Goethe mit den Worten ablehnte, daß die Muse zwar den Menschen zu begleiten, nicht aber zu leiten vermöge!) Aber von dem „Staate" konnte sich diese Aprioristik bis zur Stunde nicht freimachen. Im Gegentheile mehr und mehr der „Staat" sollte ihren Utopien dienen: Eine moderne Naturrechtsphilosophie nahm ja jetzt als möglich an, die gesammte Welt solle sich zur höchsten Vollendung im „Staate" steigern. Noch ein Hegel sah im Staate die „höchste Potenz der Menschheit" selbst: statt ein bloßes organisch gegebenes Wesen für sich, theils über, theils neben dem Menschen! Das leitende Haupt sollte so selbst Händearbeit verrichten und gehen, der Fuß und die Hand aber sollte für das Haupt denken können! Jede empirische Ordnung sollte so geändert werden, kein Stand aber wollte mehr zufrieden, jeder wollte dies Haupt und die Leitung im Staate selbst und allein sein! Dies aprioristische Ueberwuchern des Rechtsbegriffes und Staatsgedankens ward noch stärker, als das mittelalterliche Ueberwuchern einer Kirchenrechtsherrschaft: Was sollte da der Staat der Neuzeit nicht alles selbst a priori zu seinem Rechte „machen" und verstaatlichen können! Nicht mehr etwa blos, wie früher, sollte er seine Flüsse, Canäle, Posten, Monopole, jetzt noch Eisenbahnen, Telegraphen, Wälder, Bergwerke 2c. aus öffentlichen, politischen, fiskalischen Gründen selbst bewirthschaften! Nein, sich selbst sollte er zur höchsten, alles selbst leistenden Potenz umschaffen; selbst die Religion sollte er ersetzen und jeden einzelnen Menschen idealer, besser machen können (französische Revolution); der, nach langen Mühen freigemachte Grund und Boden, alles Getreide, alle Grundschulden und Hypotheken sollten a priori von neuem verstaatlicht (sociale Agrarier), der Staat sollte a priori Capitalien und die Güterquellen der Industrie an sich ziehen, so demzufolge selbst auch Privatarbeiter oder doch Arbeitgeber werden können und über die Arbeit: Rechte, aber auch neue Sklaverei ausbreiten können (Arbeiter-Sozialismus); alles Vermögen, Weib und Kind endlich sollte vom Staate a priori vergemeinsamt werden (Communismus)! Während daneben gleichzeitig ein entgegengesetztes

Digitized by Google

aprioristisches Extrem auftauchte: eine Anarchie wollte a priori den, empirisch nur zur Regelung der gegenseitigen Beziehungen, der collidierenden Interessen und Rechte durch Rechtspflege, Polizei, Finanz 2c. unwillkürlich gegebenen und unentbehrlichen Staat, aus welchen sozialistische Ideen alles „machen" zu können wähnten, umgekehrt wieder negieren, aus der Welt schaffen; zu diesem Behufe sollte der Krieg mittels Feuer, Dolch und Sprengstoffen selbst gegen beliebige unschuldige Glieder der sog. Gesellschaft beginnen, damit durch bloße Vernichtung das aufgebaut werde, was eine Weltordnung empirisch als unmöglich zeigte!

Alle diese aprioristischen „Naturrechtsideen" nun werden sich innerhalb des Staats- wie Privatrechts empirisch: theils als unmöglich oder unzweckmäßig, theils aber nur zum Zerstören, nicht zum Aufbauen tauglich erweisen; nur ein Theil wird einen realen Aufbau zu einer Geschichte gestatten! — Der aprioristisch naturrechtliche, „politische Staat" nun selbst fand seine erste Begründung namentlich in deutschen „Natur-Rechtsschulen". Mit Recht und treffend führte unlängst selbst eine Tagespresse (Trieber, Frankfurter Zeitung vom 31. März 1892 Nr. 91, Feuilleton des 1. Morgenblattes) aus, wie deutsche Professoren des 17. und 18. Jahrh. den Absolutismus zur Zeit eines Ludwig XIV. mittels ihrer naturrechtlichen Vernunftgründe zur Raison zu bringen, zu bessern gedachten, wie dann im Grunde nur die Lehren dieses Naturrechts, vermittelt durch einen Pufendorf und Conring und durch Dichter, wie unsern Schiller, wie so die Zauber einer „Freiheit", die „ewigen Wahrheiten", das „unfehlbare Gewissen" eben dieser Naturrechtsschulen sich auch auf die französischen Encyklopädisten übertrugen und von diesen (wie von einem Rousseau) in eine Wirklichkeit übersetzt werden wollten. Was aber die damalige französische naturrechtliche Revolution im Staatsrechte real und empirisch haltbar schuf, waren fast nur neue, „geschichtliche" lebende Gebilde, welche sich zuvor schon in England und Nordamerika real ausgebildet und bewährt hatten: eine Volksvertretung 2c. Was dagegen solche „naturrechtliche" Vernunftideen an sich in den Staat neu hineingebracht, das waren eine Reihe von Uebertreibungen und Utopieen! Forschte denn eine Zeit einer französischen Revolution noch in der That überhaupt noch nach einer, auch erfahrungsgemäß möglichen und geschichtlich lebensfähigen oder lebenden Ordnung? Im Gegentheile! Gerade umgekehrt: Ideen, Ideale wurden a priori an die Spitze gestellt; aus aprioristisch erfundenen, erträumten Menschenrechten, aus, zufolge einer Vernunft a priori deducierten Ideen, Idealen und zum Theil Phrasen einer Freiheit, Gleichheit und Bruderliebe glaubte man einen neuen realen Staat zu formen; den geschichtlich unwillkürlich gegebenen Staat und seine Ordnung glaubte man zu einer, willkürlich a priori zu bildenden Gesellschaftsordnung, zu einem bloßen contrat social „machen", dekretieren zu können (§ 4 C c), mit beliebiger Kündigung der Einzelnen 2c.? Und selbst, was man von realer,

Digitized by Google

englisch-amerikanischer Staatenbildung herübernahm, war ja bekanntlich nicht immer zeitlich und örtlich das, für Frankreich wenigstens empirisch Geeignete! — Was schuf so das „Naturrecht" in Frankreich alles? Eine „Religion" beispielsweise sollte von ihm naturrechtlich aufgehoben, das Messelesen verboten und der Staat sollte selbst eine Religion ersetzen können: der Göttin seiner naturrechtsphilosophischen Schule: der Göttin einer „Vernunft", wurden Altäre errichtet, um dann später allerdings nach einer Rede Robespierre's Gott doch wieder in seine „Rechte einzusetzen"! Nicht aber blos der Staat, nein auch der einzelne Mensch sollte durch bloßes naturrechtliches Commando und Gesetz gebessert, wie vom späteren Hegel staatlich zur höchsten Potenz entwickelt werden können! Nicht blos zur Freiheit, diese hatte ja noch allerdings theilweise reale Bedeutung, solange Absolutismus, Leibeigenschaft 2c. denkbar war; nicht blos zur Gleichheit, auch diese hatte noch theilweise empirische Bedeutung, solange nicht Gleichheit vor dem Gesetze bestand. Nein auch eine „Bruderliebe" im Herzen des Einzelnen! sollte vom Staate naturrechtlich a priori als erzwingbares Recht dekretiert werden können!? Die „Privatgesellschaft" ferner sollte den gegebenen und so unersetzlichen realen Staat ersetzen, welcher sich ohne geschichtlich lebende Ordnung sollte leiten lassen! Das alles war eine Herrschaft der naturrechtlichen Phrase und Utopie, welche, so an sich real-geschichtlich oder empirisch lebensunfähig, im Namen der Vernunft, der Freiheit, Gleichheit und Bruderliebe nur durch die real lebensunfähigste brutalste Gewalt aufrecht gehalten werden mußte, welche des Despotismus und Blutgerüstes eines französischen Direktoriums nicht entbehren konnte! So ähnlich versuchte unreales, extremes, nicht in die richtigen Schranken einer Geschichte eingebettetes Naturrecht, dieser unerleuchtete Bildungstrieb, a priori das Staatsrecht und den Staat selbst umzuschaffen!

Aber auch im Privatrecht mußte das extreme, uneingeschränkte Naturrecht alsbald, anders wie zuvor, schadenbringend wirken können? Wie, wenn im Civilrechte eine Naturrechtslehre jeden Einzelnen nach subjektivem Ermessen ermächtigte, gleichwie er den Staat nach seinem subjektiven (Natur-) Rechte beliebig kündigen und ihn umstürzen durfte, so jetzt auch einmal das Civilrecht der Gegenwart, jedes geschichtlich gegebene und noch lebende Gesetz und Gewohnheitsrecht, jedes gegebene Eigenthum, Servituten, Reallasten, Obligationen, Erbrecht, die Verjährung nach subjektiv-aprioristischem Gutdünken seiner naturrechtlichen Vernunft ganz zu beseitigen: Prudhon's proprieté c'est le vol etc.! Vergleichen wir beispielsweise verschiedene Blüthen, welche alle die Neuzeit im Privatrecht seitdem a priori aus Vernunft des Naturrechts allein durch Recht-„Machen" ohne Rücksicht auf lebende Geschichte (Rechtsquellen), reale Erfahrung und Möglichkeit, u. zw. wieder durch theilweises aprioristisches Zuhülferufen der Macht des Staates, wie früher der Macht und Bildung der Kirche, zu erreichen strebt? — Ohne vorherige Rücksicht auf reale geschichtliche Ausführbarkeit und strenge gewissenhafte Probe

Digitized by Google

einer Empirie oder Erfahrung sucht beispielsweise jetzt seit Lassalle und Marx a priori ein „Socialismus" das Privatrecht des Arbeiters, frei durch Arbeit sich zu nähren, durch Staatszwang umzuschaffen. Warum sollte es nicht legislativ umgestaltet werden dürfen und können, wenn dies recht, nützlich, wenn es empirisch ausführbar, i. e. durch geistiges Wollen der Gesammtheit zu realer Geschichte zu verkörpern wäre? Aber können solche Utopien: einer Aprioristik der Industrie ausgeführt werden? Um, selbst wenn sie durch Gewalt oder Illusion dennoch ausgeführt, nach kurzem Rausche solch' utopischer Träume — und nach Vergeudung aller Mittel des Staates als eines, hiezu an sich untauglichen Unternehmers, — den ganzen Staat ebenso zum Bankerutte seiner Industrieunternehmungen, zu allgemeinem Jammer und Elend, zudem ohne jeden dauernden realen Erfolg! zu führen, wie ja auch jeden andern ungeeigneten Unternehmer der Bankerutt erreichen müßte? Wie das aprioristische Staatsrecht in der französischen Revolution den Bankerutt des Staates, so wird die unbedingte Aprioristik der Arbeit im Socialismus den Bankerutt der Industrie herbeiführen können! Auch dieser Socialismus, zufolge dessen der, für Privatarbeit nicht gegebene, competente und geeigenschaftete Staat naturrechtlich a priori nichtsdestoweniger die Capitalien und Güterquellen der Industrie an sich ziehen und als Staat das Risiko der Leitung der Privatindustrie oder Arbeit als Arbeitgeber übernehmen sollte, ist theils unzweckmäßig und doktrinär, theils unmöglich! Der Staat würde, statt so die Lage der Arbeiter durch lebensfähige Unternehmungen dauernd bessern zu können, geradezu, zur Zeit noch gegebene Güterquellen aufzehren und zerstören, auch noch für Privatzwecke das Vermögen der Allgemeinheit durch Steuern im reinen Privatinteresse des Arbeiters in gleicher Weise nutzlos erschöpfen, und so alsdann, mit dem Arbeiter, die Gesammtheit der Staatsangehörigen ihrer Existenz berauben können! Auch das also wäre wieder einer Consequenz eines Recht-„Machens" durch blos naturrechtliche Aprioristik, welche, weil sie ihre utopischen Ideale nicht auf dem Wege der Erfahrung durchzuführen vermöchte, zur Verwirklichung dieser Utopien den modernen Staat mit seinen Mitteln zu Hülfe rufen will; ohne doch auch durch die Macht und Gewalt dieses Staates das empirisch unmögliche real, dauernd möglich machen zu können. Schon hauptsächlich aus drei Gründen dürfte das Recht des naturrechtlich-aprioristischen Socialismus so eine reale und empirische Unmöglichkeit sein: 1. Einmal zerstört er die persönliche Freiheit des Individuums, des Arbeiters wie seiner Familie! Gleich einem Sklaven wäre er so an Ort und Zeit gebunden. Nicht blos eine, soeben allerorts beseitigte Art einer Sklaverei würde durch staatlichen Zwang so von neuem zu uns zurückgeführt, um deren Beseitigung eine Humanität Jahrhunderte gerungen; nicht blos der Wille und die freie Wahl der Arbeiter, über sich zu verfügen, wäre so durch ein tyrannisches, in deren Privatrecht eingreifendes Machtgebot unterdrückt, sondern auch



Digitized by Google

die Industrie selbst würde dadurch leiden! Denn nur die „freie" Wahl ermöglicht dem Arbeiter, die Beschäftigung frei auszuwählen, in welcher er durch Anlage und Vorliebe allein besseres und ausgezeichnetes leisten kann! Das wäre eine neue Aeußerung des morbus aprioristicus, der Krankheit, des Wahnes, daß die Staatsgewalt, die Polizei sich in Privatangelegenheiten der Arbeit mischen solle, der Staat, welcher zu solchen Dingen nicht da, nicht befähigt ist und auch nicht a priori zum Privatarbeitgeber und Leiter „gemacht" werden kann! 2. Zerstört würde so ferner in unserem Industriestaate die „vornehmste" Güterquelle der Industrie selbst: der Unternehmungsgeist des Genies; seiner bedarf vor allem jetzt die Concurrenz mit andern Industriestaaten, auf welche der Industriestaat Deutschland nun einmal behufs seines Absatzes angewiesen ist, um durch neue Erfindungen und Verbesserungen allein der Concurrenz anderer Industrien die Spitze bieten, und damit nicht blos sich, sondern auch den andern Arbeitern neue Arbeitsquellen und Existenz bieten zu können. Ohne diesen Unternehmungsgeist würden alle Arbeiter, durch Concurrenz erdrückt, verarmen, die Steuerkraft schließlich erschöpft, das ganze Nationalvermögen aufgezehrt, der Industriestaat trotzdem überflügelt, und alle dem Elend überantwortet werden! Denn selbst hohe Eingangszölle würden diejenige Industrie so nicht lange vor diesem Elende bewahren können, welche, wie in Deutschland, auf Export angewiesen ist! Welches Genie aber würde sich dann noch abmühen, vielleicht umsonst lange Nächte, Vermögen, Wohlbehagen, Gesundheit und Existenz daranzusetzen, um Probleme zu lösen oder wenigstens für den Handel marktgängiger zu machen, deren Lösbarkeit stets zuvor ungewiß ist? Wie würde sich das unerfaßbare, oft unscheinbare Genie auch nur entdecken lassen, wenn es sich nicht selbst emporrafft? Welcher Staat würde bei Beschränkung der vollen Freiheit des Erwerbes jedem Genie zur Lösung einer, im Resultate stets problematischen Erfindung auf Kosten der Steuerzahlenden lange Jahre, Zeit und Mittel zur Verfügung stellen können, welche schließlich umsonst vergeudet sein können! 3. Endlich vernichtet der Socialismus ja in der That auch noch die „sicherste" Grundlage des Wohlstandes, auch selbst für den geistig Schwachen: jenen ausdauernden, zähen Sparsinn, welchem u. a. beispielsweise Frankreich seinen großen Reichthum verdankt! Wie aprioristisch erfahrungswidrig doch auch hierin der Socialismus seine wirthschaftlichen Grundlagen aufbaut, beweist, daß dieser Sparsinn erfahrungsgemäß eben der einzige Weg ist, auf welchem auch der Arbeiter ohne hervorragende Geistesgaben bisher, selbst von den allerkleinsten Anfängen und mit vielleicht der Mehrheit aller jetzt Wohlhabenden, durch Energie, Verzicht auf äußeren, werthlosen Glanz und Tand, auf Prahlerei und äußere Achtung seitens eines Unverstandes, durch Ueberwindung von beschränkten Vorurtheilen, durch, eine Kette von Jahrzehnten hindurch andauernde Entbehrungen sich endlich dennoch in eine bessere Lage hinaufwindet! Es ist diese Vernichtung des

Digitized by Google

Sparsinns geradezu ein Verstoß und Todesstoß gegen die primärsten wirthschaftlichen Gesetze der Selbsthülfe, des eigenen Verdienstes, statt sich die Unterstützung anderer, mittels Steuern ꝛc. zu verschaffen. Die socialdemokratischen Führer aber können diesen Sparsinn nur deshalb nicht befürworten, weil auf diesem allein sicheren Wege ihre aprioristischen utopischen Agitationen in vorneherein bei Seite geschoben, überflüssig wären! Der kleinste Sparpfennig aber des, noch bedürfnisslosen, unverheiratheten, jüngeren Arbeiters verdoppelt sich durch Zinseszins nach vielleicht 20 Jahren; dann aber in rapider Progression: Eine, zur rechten Zeit dem Kinde schon zurückgelegte Summe von wenigen hundert Mark würde sich, bei dessen dereinstiger Arbeitsunfähigkeit nach 70 Jahren etwa, zu einem so großen Capitale erhöht haben können, daß der Sparende aus diesem Capitale bereits soviel Zins als Altersversorgung erwirbt, als zuvor das Capital selbst betrug! Dieses Einkommen kann aber auch dann nochmals erhöht werden, dadurch, daß der Sparende jetzt das Capital in eine jährliche Leibrente umtauscht! — — Gerade diese kleinen, allein einen Wohlstand sicher, wenn auch mühsam, herbeiführenden Ersparnisse also des Arbeiters sollen jetzt nach der Lehre der socialdemokratischen Agitatoren jenem abgelockt, vergeudet werden für nie zum Ziele führenden Agitationen, für eine Utopie, für Vereine, Vereinspressen, Vergnügen, Gelage, Wahlagitationen, Streiks, Besoldung der utopischen Agitatoren selbst — — um dafür dereinst nur unerfüllbare Illusionen und Elend im Alter einzutauschen?! — — Wie utopisch ferner ist der aprioristisch-naturrechtliche Communismus, diese nur einmalige „Theilung"! Diesen hat ja doch schon die bekannte Frage zur Genüge gerichtet, welche nach der Theilung von Seite des Verprassenden gestellt würde, die Frage: Und dann? Dann theilen wir wieder! — — Endlich eine aprioristisch-naturrechtliche Anarchie seit Bakunin in unseren alten Staaten: sie wäre nur eine Vertauschung der einen, bisherigen Herrschaft mit einer andern neuen, nach dem blinden Zerstören von Einkommen, nothwendig wegen Mangels an ausreichenden Güterquellen weit schlimmeren; sie wäre ein Abschneiden des letzten rettenden Taues, in welchen bei Stürmen noch das Wohl der Gesammtheit selbst mit ihrem Wracke hängen könnte. Der Anarchist übersieht da, daß auch der vorhandene gesammelte Reichthum für die Gesammtheit wenigstens indirekte Güterquelle ist, welche durch Zinsen und Kaufkraft andern wieder Arbeitsgelegenheit und Einkommen bietet; daß also der richtige Weg hier nur eine progressive Besteuerung des Reichthums, nicht aber ein Schlachten der Henne mit goldenen Eiern und ein blindes Verprassen oder Zerstörung ist, welche so nothwendig die Zerstörenden selbst schädigt; daß sich die Ordnung und Rangordnung in einem Staate niemals a priori stümperhaft wegdekretieren läßt, weil sich dasselbe Blut eines Organismus stets von selbst bald zum herrschenden Haupte, bald zu dienenden Gliedern, weil sich derselbe Saft des wachsenden Baumes von selbst bald zu tragenden Wurzeln und Zweigen,



Digitized by Google

bald zu Kronen formt; daß selbst das Freiland nur gedeihen kann, gerade weil auch eben das freie Land Güterquellen und Reichthum in vorneherein bietet, daß aber ohne Güterquellen, durch eine bloße tabula rasa, alle dem Hunger preisgegeben würden! Weil aber der doktrinäre Aprioristiker „Anarchist" nicht selbst im Stande ist, darzulegen, wie anders das Recht der sogenannten Gesellschaft in einem übervölkerten Staate ohne Freiland in empirisch ausführbarer Weise gebessert und zu Wohlstand gefördert werden kann, als auf der Basis vorhandener behäbiger Güterquellen, soll mit Dynamit ꝛc. alles geschädigt, aller Reichthum, alle Güterquellen zerstört werden, bis nach kurzen Orgien der Rechtswidrigkeit, des Unverstandes und der Utopie alles, vor allem aber der Anarchist als unbelehrbarer Urheber des Elends, von der Rache von selbst erreicht werden müßte!

Die Hauptquelle aller dieser aprioristischen Naturrechtsutopien ist: Mangel an Rechtsklarheit oder Moral, an Erfahrung, sowie eine nie zu befriedigende Unzufriedenheit des Menschen mit der, uns Menschen im großen Ganzen allein vernünftigerweise möglichen Lage! Selbst bei Wohlhabendheit fehlt ja Unzufriedenheit niemals! Der Arbeiter strömt jetzt vom Lande in die Stadt, erhält dort mehr Lohn; dieser Arbeiter ist jetzt weit besser gestellt, als im Mittelalter; er kennt Bedürfnisse, welche früher der Reiche nicht kannte. So wird er aber dann erst recht unzufrieden: weil andere noch reicher sind, welche der Reichthum an sich vielleicht ebensowenig glücklich machen kann, weil dem Reichen das, was dem Armen an Vermögen, gerade infolge von Arbeitslosigkeit an Gesundheit ꝛc. entgehen kann! — Aber auch diese „Armuth" des geistig Schwachen wird dereinst sich dessenungeachtet leider niemals aus der Welt schaffen lassen, solange in der Welt Menschen und unter diesen geistig Schwache existieren! Diese Armuth war geschichtlich schon von jeher da, selbst solange noch die Güterquellen unvertheilt dalagen, welche jetzt vertheilt sind; selbst solange alles Land noch frei und unvertheilt, die Güterquellen, Wasserkräfte, Bergwerke, Elektricitätskräfte noch unvertheilt und ungenützt gewissermaßen auf der Straße zu finden waren: der geistig Schwache vermochte sie nie zu heben! Das üppigste freie Land, vielleicht von wilden Thieren, von kriegerischen oder menschenfressenden Nachbarhorden unsicher gemacht, bedarf schon einer Organisation des Schwachen, um auch occupiert zu werden; dieser bedarf hiezu des geistig Stärkeren, der Leitung des Organisators, des Herrschers und schließlich des kriegführenden Fürsten, des princeps, qui primo capit! Gerade für diesen geistig Armen und Schwachen gibt es keine bessere Existenz, als der streng gerecht geordnete Rechtsstaat, welcher, auch dem Erwerbe und Rechte des Schwachen — gegenüber dem Starken, dessen er sich allein nicht erwehren könnte, — seinen, ihn allein hebenden Ersparnissen ꝛc. ꝛc. einen gleichmäßigen Schutz verleiht. Der moderne, geschichtliche Rechtsstaat hat darin das äußerste Mögliche gethan! Selbst dem ärmsten wirklichen „Talente" gewährt er die Gelegenheit zur Ausbildung, damit zu Ansehen, Ehre,

Digitized by Google

Macht und Reichthum zu gelangen, wie der Höchsten einer! Ein Mehr aber ist kaum möglich. Will auch der Schwache herrschen, so wird er ewig dem Rosse des Reiters gleichen! Will der Schwache dennoch, aprioristisch naturrechtlich verführt, den anarchischen Krieg, damit es ihm auch besser gehe, gleich dem besser gestellten geistig Starken, so muß er sich den Reiter — und Leiter — freien: das dereinst freie Roß wählt den Reiter, um andere unberechtigt zu bekriegen! Damit wird es aber niemals selbst der Herrscher sein: Es verbleibt Roß! Denn es erkauft selbst mit seinem Blute nur, entweder seinen Untergang, oder nur eine neue Herrschaft: eines Andern! Sündigt denn erfahrungsgemäß nicht bei Revolutionen und Kriegen stets der erobernde Starke am meisten gerade an dem unterliegenden Schwächeren, indem er ihn, früher zum Sklaven und jetzt zum Stimmvieh seiner Launen macht? Und wenn der Schwache zuerst die, ihn schützende Moral, das Recht, zum Erkaufen, zur Verwirklichung von Illusionen bei Seite gestoßen haben will, ist ihm denn nicht auch darin der geistig Starke bei weitem wieder überlegen: selbst an Immoralität? So schon im alltäglichsten Verkehr, im Handel und Wandel! Vermag denn den geistig Schwachen nicht beispielsweise schon das einfachste Ueberlegensein im Rechnen, das ABC, das er selbst einmal in der Schule gelernt, aber nie praktisch verstanden oder wieder vergessen hat, seitens des besser Rechnenden so zu bewuchern, daß er schließlich, mit Weib und Kind von Haus und Hof gejagt, dem Hunger und Siechthum überantwortet wird? Das ist es ja nun, warum Einsicht die Verlängerung der Schuljahre verlangt! Darum sollte doch gerade der geistig Schwache niemals den Boden des Rechts und der Moral verlassen wollen, um sich einsichtslos aprioristischen Rechtsutopien und Schmeichlern dienstbar anzuvertrauen, den Schmeichlern und Reitern, deren Wahnschlüsse er sich selbst nie widerlegen kann!

Solche Naturrechtsutopien sind jetzt freilich vielleicht nicht durch Gewalt zu bekämpfen: Sie sind „Rechtsunverstand", und gegen diesen kämpfen Götter selbst vergeblich! Gegen ihn kann nur Belehrung und Einsicht der Einsichtsfähigen und Besseren dauernd wirken, weil so allein alle vor weit größerem Schaden und Unglück bewahrt werden; auch der Arbeiter vor allem selbst! Greift aber der aprioristische Utopist, wie der Anarchist, zu Gewalt oder böser List, dann allerdings ist der Gewalt die Gewalt, der List die Strafe des Staates entgegenzusetzen! Das gemeine Recht darf zwar vielleicht nicht gestatten, den zu strafen, welcher Utopien eines Socialismus auf legalem Wege allein, durch die Gesetzgebung des Staates selbst erreichen zu können wähnt. Eine Gesetzgebung wird aber nach gemeinem Rechte schon jeden Beitritt zu Vereinen, Versammlungen und Agitationen verbieten können, insoweit sie eine gegenseitige Anstiftung zu Gewalt, Eigenthumsbeschädigung, Diebstahl oder Mord bezwecken oder erfahrungsgemäß im Gefolge haben, damit auch die der „Anarchisten", und wird für diese, anschließend an § 130 und an einen Fall Ducheſne

Digitized by Google

in § 49a des Reichs-Straf-Gesetz-Buches ꝛc. nach gemeinem Rechte eine Strafe festsetzen dürfen. Gerade diese, nach Erfahrung unmögliche Aprioristik der Anarchie wird sich aber doch an die Rockschöße aller übrigen, naturrechtlichen Aprioristik als deren moralischen Urheber hängen, namentlich an die Utopien eines Socialismus! Denn, sobald, wie mit Sicherheit vorauszusehen, sich kaum die Utopien eines Socialismus je empirisch für unsere Verhältnisse ausführbar erweisen werden, soweit sie nicht ohnehin unsere Gesetzgebung begierig aufgreift, so wird doch jeder Apriorismus und Schwärmer für eine Utopie nur den eignen, a priori erfaßten Wahn eines Socialismus ꝛc., niemals aber die reale Wirklichkeit für möglich halten, und deshalb die Schuld des Mißlingens seiner Träume niemals dessen eigner utopisch angelegter Unfähigkeit beimessen wollen! Er wird: sein Luftschloß stets allein für gegeben, die Schuld an dem Mißlingen aber einzig und allein auf die, an seinen Hirngespinnsten doch ganz und gar schuldlose, vermeintliche übrige „Gesellschaft" (über diesen utopischen Begriff unten § 4 C c) wälzen; er wird so nur zu leicht fortwährend mit Gewalt: Staat und Privatrecht als vermeintliche „Gesellschaft" stürzen wollen, als ob auch sie nur a priori beliebig gemacht wären, wie sein aprioristisches Kartenhaus, nicht empirisch durch ein unwillkürliches Walten einer Schöpfung selbst gegeben! Darum wird es verdienstlich und Pflicht der staatserhaltenden Denker und Parteien sein — sowohl dem Anarchismus, als der Socialdemokratie, als der Aprioristk des Naturrechts überhaupt gegenüber — einer Einsicht und Belehrung, wie schon früher zum Theil geschehen, Vorschub zu leisten; um durch Einsicht Abhülfe zu schaffen, damit der Arbeiter selbst nicht durch Utopien noch mehr Schaden erleide, als zuvor. Diese Einsicht bietet vor allem die Schule eines realen, möglichen Rechts und das Durchschauen des Naturrechts! Dann etwa die Volksschule. Denn jede solche Variation einer „Aprioristik des Naturrechts" gleicht mehr oder weniger stets dem Beginnen eines „Rattenfängers von Hameln", welcher die Masse eines, nicht der Erfahrung folgenden, kindlichen Volkes, die geistig Schwachen, stets, mit bloßen leeren Locktönen (a priori) schon, selbst aus den warmen, sie schützenden Nestern zu locken vermag, in welchen sie doch, soweit es eben Menschen empirisch möglich ist, noch am besten gehegt erscheinen, welcher sie so stets in weite, wüste Wildnisse zu locken vermag, in welchen sie elend verkommen können, während sie ja doch dem Bilde ihrer Fata Morgana, herrlichen Oasen ꝛc. nacheilen wollen! — Damit soll freilich nicht gesagt sein, daß nicht auch die Arbeiter selbst, statt eines aprioristischen Socialismus und Anarchismus, einer starken und umsichtigen „erfahrenen" Arbeiterpartei bedürfen werden, um gegenüber der Uebermacht eines herzlosen Capitalismus der sie Ausbeutenden, gegenüber den Umwälzungen der Industrie durch die Maschine ꝛc.; all' die möglichen reellen Mittel zur Abhülfe zu erwägen, welche Empirie und Einsicht in reale Verhältnisse bieten kann. Daß ferner der Staat nicht auch die Pflicht haben sollte, solche, gerade jetzt fort-

Digitized by Google

währenden Gefahren ausgesetzte, Arbeiterinteressen und Rechte fortwährend im Auge zu behalten und zu schützen. — Versuchen wir dies etwa durch ein Beispiel zu zeigen! Man klagt über Ausbeutung der Arbeiter selbst noch durch, zeitweise reiche Dividenden ertragende Fabriken, Bergwerke 2c., welche nur bei schlechten Conjunkturen unrentabel sind und Lohnabzüge machen, um dann bei besseren, stets wiederkehrenden Conjunkturen die überreichen Dividenden dem Capitale allein zu zahlen. Sollte da der Staat nicht örtlich, unter Zuziehung von Arbeitgebern und Arbeitern, seiner Verwaltung und Fabrikinspektoren, einen Minimalhungerlohn feststellen und dann bestimmen können, daß für das, an diesem Hungerlohn in schlimmen Jahren Gekürzte den Arbeitern Gutscheine, Bons 2c. ausgefolgt werden müssen, daß aber überreiche, höhere Dividenden, als der normale Capitalszins, in besseren Jahren den Aktionären insolange nicht und erst dann wieder ausgezahlt werden dürfen, wenn zuvor diese Gutscheine der Arbeiter aus den Hungerjahren entweder baar oder mittelst Sparkassaanweisungen wieder eingelöst sind. Der Staat wird zwar nicht selbst alle solche Industrie-Unternehmungen rentabel und damit die Steuerkraft und den Wohlstand des ganzen Volkes dem Ruine solange zuführen können, bis eine solche weitere Wirthschaft einfach empirisch nicht länger möglich ist. Er wird aber die Interessen der Arbeiter durch Recht und legislative Gerechtigkeit vielleicht da, wo und soweit dies empirisch möglich ist, ausgleichen und versöhnen können!

Dies also die „Kehrseite", die schweren Verheerungen, welche ein, nicht in empirischen Schranken sich bewegendes aprioristisches Naturrecht von jeher und fernerhin im öffentlichen wie Privatrecht herbeiführen kann! Eine solche einseitig extreme, empirisch unverdaute Aprioristik lockt bald die Herrscher zu utopischen, verderblichen Idealen und Phantomen, bald trübt sie das Urtheil ganzer Nationen durch Jahrhunderte und Jahrtausende, sie wühlt das Volk in seinen tiefsten, breitesten Schichten zu Revolutionen auf, während sie doch nur vielleicht einzig eine eitle aprioristische Gelehrsamkeit oder Verführungskunst eines Agitators zu unverdienten, scheinbar brillanten Geistes-Triumphen führt, um alles andere zu schädigen; um Fanatismus, Kämpfe, Elend in jeden Stand, in Religion, Staat und Recht hineinzutragen. Dies aprioristische Naturrecht ist, also ungeregelt, vielleicht in seiner Kehrseite die stärkste Geißel der Völker seit Jahrtausenden und von Anbeginn der Welt seit Adam und Eva gewesen: Dies war die verbotene Frucht der Menschheit!

Fassen wir daher die Kritik des Naturrechts noch in ein erklärendes Gleichnis zusammen! Das Naturrecht, der Nationalismus ist im Vergleiche mit dem geschichtlichen Rechte ein unentbehrliches Gift: bei aprioristischer Anwendung selbst tödtlich, empirisch angewendet dagegen heilend und nützlich: vergleichbar etwa den Giften, welche unsere alltäglichsten Medicinen, selbst Genußmittel, unsere Fleischsuppen, Thee's, Caffee's, der Alkohol unserer Weine, Biere

Digitized by Google

und Liqueure ꝛc. ꝛc. enthalten. Am rechten Orte, im richtigen, empirisch erprobten Maße angewendet, ist dies Gift so bald heilende Medicin, bald nothwendiges Nahrungs- oder doch Genußmittel. In erfahrungswidrigem Uebermaße, rein und im Extreme (als Extrakt) angewendet, ist es schädigendes und tödtendes Gift! — So auch mit dem Naturrechte! Es kann, am rechten Orte und im richtigen Maße angewendet, hohe Wohlthaten, bei Uebertreibungen aber und einseitig angewendet schwerste Gefahren, Schädigungen und Revolutionen bringen! Wir müssen deshalb dereinst fortwährend die Gesetze des Lebens des Rechts und die Erfahrungen seiner Praxis endlich durchforschen, um so die Grenzlinien zu erfahren, innerhalb deren bald neues, geistschaffendes, flüssiges Naturrecht, oder bald gegebene feste Geschichte zulässig und nothwendig sein wird! —

II. Die **historische Rechtsschule**.. — Im Grunde nur eine Abart des aprioristischen Naturrechts, gelangt diese Schule nichtsdestoweniger aus aprioristischen Gründen zu einem, dem Naturrechte, dem fortwährenden geistigen Neuschaffen eines Rechts aus Vernunft, geradezu entgegengesetzten Ziele! Sie erkennt zwar nicht das Grundprincip des Naturrechts selbst mit „Worten" an, daß jeder sich aus Vernunft sein Recht selbst machen dürfe. Im Gegentheil, sie bekämpft es mit Worten direkt. Nichtsdestoweniger aber „macht" sie sich „thatsächlich" a priori und aus bloßer Vernunft gleichfalls, aller „Erfahrung entgegen", das naturrechtliche Schul- und Anwendungsprincip: „Das Recht ist durch die gesammte Vergangenheit gegeben". Dadurch aber ist auch sie zu einem aprioristischen, gerade entgegengesetzten Extreme des, das Recht geistig neu schaffenden Naturrechts gekommen: zum Stillstande bei einer gesammten Vergangenheit, zum alleinigen Cultus des alten Rechts! Sie glaubt wenigstens, so das z. Theil todte, vergangene Recht a priori wieder beleben, zu einem lebenden und geltenden „machen" und so gegen das gegebene, von ihr selbst anerkannte geschichtliche Leben und sich Bewegen des Rechts gewaltsam verstoßen zu dürfen: als Revolution eines aprioristischen Rechtswahnes nach rückwärts! — — Unglaublich ist, wie ein solcher Satz entstehen, das eigentlich schädigende Schulprincip derjenigen Schule werden konnte, welche doch selbst das „Leben" des Rechts erkannt hatte! Es ist dies ein Satz, welcher die Theorie dieser Schule von der Praxis, ihre Lehre von der Wirklichkeit des positiven Lebens, geradezu spalten mußte: — Denn der Satz ist geradezu absurd und unmöglich! — Das Leben des Rechts gleicht beispielsweise doch nach Savigny selbst bekanntlich dem Leben des Menschen. Das Recht nur durch „Vergangenheit gegeben" sein lassen, so zwar, daß nur das Vergangene und als solches, selbst vorjustinianisches Recht ꝛc. uns direkt maßgeben sollte, hieße also: Nur der Mensch der gesammten Vergangenheit, nur der Ahne, der Säugling ꝛc. ist gegeben, ist da und maßgebend; nicht wir selbst sind gegeben, nicht der Mensch der Gegenwart als Mann und Greis!! Aber entstanden zwar sind auch wir aus Ahnen

Digitized by Google

und Säuglingen: gegeben aber sind wir doch selbst, und nur die Gegenwart ist positives Sein und Gegebensein, niemals irgend eine Vergangenheit! — Die Entstehungszeit nun dieses exorbitanten Schulprincips der historischen Schule ist die folgende. —

Wir haben soeben zu Ziffer I die Consequenzen unseres einen, vorzugsweise in Deutschland gehegten, doktrinär-aprioristisch-revolutionären Extrems im Rechte kennen gelernt: ein flüssiges, frei entfesseltes Naturrecht, und, wie mächtig dasselbe die, ihm unwillkürlich gesetzten, gegebenen, geschichtlichen Ufer und Schranken überfluthete! Am Ende des 18. Jahrhunderts nun, gerade um die Zeit der Entstehung der historischen Schule, waren, namentlich im Staatsrechte, die Consequenzen dieses aprioristischen Naturrechts soeben in vollem Maße fühlbar geworden: Das unbedingte Regieren alles bisherigen Rechts der Geschichte a priori auf Grund einer subjektiven Vernunft, zufolge welcher der Einzelne schon sich berechtigt erachtete, Recht und Staat zu stürzen, sobald beide eben nicht seinen subjektiven Vernunftanschauungen entsprechen, der Zauber und das Glizzern einer solch ungebundenen, vermeintlich möglichen, wenn auch erfahrungswidrigen Freiheit, welche man, ohne Schranken einer nothwendigen Pflicht gegenüber dem gegebenen Rechte, nichtsdestoweniger für praktisch ausführbar hielt, das alles wirkte jetzt praktisch: Diese Phantome stammten namentlich aus der deutschen Naturrechtsphilosophie; sie hatten sich jetzt nur auch der französischen Naturrechtsphilosophieen eines Jean Jaque Rousseau und der Encyklopädisten bemächtigt. Diese aber suchten solche Ideen jetzt in eine praktische That zu übersetzen! Ihr Produkt war so: eine französische Revolution und als mittelbare Folge: ein Ueberfluthen des Umsturzes nach außen. Es entstanden jene Kriege der französischen ersten Republik, von welchen Sybel nachgewiesen, daß sie nicht die deutschen Nachbarn, sondern die französische Revolution angefacht, und welche jetzt unser eigenes Vaterland verwüsteten. So überwucherte unsere eigene, von unseren Naturrechtsschulen nach Frankreich übertragene Saat: Die Saat der Utopieen kehrte als die Ernte des Krieges von dort zu uns zurück: — Das aber ward auch die Entstehungszeit des entgegengesetzten Extrems unserer Doktrinäre in Deutschland: das Recht ist durch die „gesammte Vergangenheit" der Nation gegeben. Der Satz ist das Produkt seiner Zeit: einer Zeit der „Panik", — welche diese französische Revolution und Kriege erzeugten!

Seit jener Revolution bemächtigte sich nämlich geradezu eine Panik der Geister in Deutschland, auch der besten, namentlich aber der aprioristischen Doktrinen, welche doch solche aprioristische Extreme doktrinär großgezogen. — Sie ersahen, wie so um eben jene Zeit in der That diese Naturrechtsschule Deutschlands und der französischen Encyklopädisten einer Einschränkung bedurfte; materiell von einem universellen mindestens auf ein, ihr speciell und allein zustehendes, noch nicht wissenschaftlich erfaßtes und geregeltes Gebiet; formal von

Digitized by Google

einem aprioristischen auf einen empirischen Boden. Das Recht durfte unmöglich länger die ausschließliche Domäne, der Spielball aprioristisch geistreich auftretender Phantasten und ihrer Willkür bleiben! Eine festere Grundlage sollte gefunden werden — Baco sollte als Vorbild gelten. — — Man glaubte nun, eine feste Grundlage finden zu können, indem man das Naturrecht ganz beseitigte und an dessen Stelle: Geschichte allein setzte: Den unstäten Geist also, die flüssige Materie, welche sich selbst allein nicht zügeln konnte, sollte die starre Materie allein ersetzen. — — In der That, gegenüber dem flüssigen Geiste des Naturrechts, welcher, entgegen jeder Erfahrung und Geschichte allein alles Recht zu schaffen und stürzen zu können wähnte, mußte sich irgend ein historischer Gedanke aufbäumen. Und es fragte sich nur welcher? So ward aber ein, bisher nur geübter „aprioristischer" historischer Gedanke der Glosse zum ersten Male in Deutschland zugleich ein bewußter, und es entstand zunächst im Civilrechte das entgegengesetzte aprioristische Extrem: die historische Schule Hugo's und Savigny's im engeren Sinne, d. i. die des 18. und 19. Jahrhunderts. Denn wenigstens dieselbe „thatsächliche", wenn auch damals noch mehr unbewußte, historische Schule, welche das Leben des Rechtes aber gleichfalls bereits in seiner geschichtlichen, römischen Vergangenheit gegeben und aufgezeichnet wähnte, bestand ja, wie gesagt, bereits in der Glosse, und diese historische Schule des 18. Jahrhunderts war somit nur ein bewußteres Wiederaufleben einer Glosse. — Ein eigenes Geschick! Wieder wußte uns anerzogene deutsche Aprioristik selbst den, an sich empirischen Begriff einer Geschichte nicht real zu erfassen: Geschichte oder real Geschehendes ward ihr nicht das quellenmäßige Leben des Rechts, sondern: das Vergangene! Der Revolution des Naturrechts folgte so die Gegenrevolution des vergangenen Rechts der historischen Schule, nicht ein Wägen des Rechts in der Mitte zwischen beiden! — Es ist nun bekannt, mit welcher Hingebung ein Savigny seine Reise nach Paris unternahm, um sich in den dortigen codices in den reinen Quellen der „Vergangenheit" zu schulen und selbst die verlorene Handschrift wieder zu ersetzen; wie er mit Niebuhr, unterstützt von Jakob Grimm, in einen Bund trat, wie er gedachte, mittels seiner historischen Ideen einer gesammten Vergangenheit das Naturrecht an seiner Wurzel zu unterbinden und so Rechts- wie Staatsordnung wieder dauernd zu retten. Ernst, hoch und edel zugleich allerdings war dies Ziel! (Darüber u. a. Rudorff's Schrift: F. C. v. Savigny, Erinnerung an sein Wesen und Wirken. Weimar, Böhlau 1862). Man wollte bessern und auch mit der, sich selbst bewegenden Geschichte gemessen fortschreiten. Denn man sah theoretisch bereits die Bewegung der Geschichte. Aber diese Bewegung sollte doch vor der Gegenwart stillstehen. Denn das Recht sollte zwar durch die „gesammte Vergangenheit" sich bewegen. Zwar auch das sich Bewegende konnte Savigny in der Vergangenheit Recht sein. Aber nur nicht in der Gegenwart: Erst, wenn es vergangen, nicht schon, wie es, Zeuge der Rechtsquellen, jetzt lebt

Digitized by Google

und gilt, sollte es für uns Recht sein! Zuerst gelegentlich der Codifikationsfrage in Deutschland im Jahre 1814 in seinem „Berufe unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", und ein Jahr darauf im Programm seiner Zeitschrift f. geschichtl. Rechtswissenschaft von 1815 begründete der Cunktator Savigny seine neuen, für das Recht bedeutungsvollen, historischen Ideen. Mittels derselben nahm er damals die Zügel der, zuvor extrem naturrechtlich phantasierenden und zum Theil dahinrasenden Theorie jetzt im entgegengesetzten Sinne in die Hand. Er schilderte u. a. eben dort, wie „alles" Recht nicht erst willkürlich zu schaffen, sondern durch die sich bewegende Geschichte bereits unwillkürlich gegeben sei, und so an die Stelle einer tabula rasa eines wüsten unbedingten Geistesschaffens und der Zerstörung des Naturrechts, selbst an die Stelle einer vermeintlich aprioristisch-naturrechtlichen, generellen „Gesetzgebung", das Recht der gesammten Vergangenheit treten, somit dies Stillestehen und ein Conservieren des Dogma geboten sei. Das Verdienst der Schule ist somit: das Betonen der, sich entwickelnden Geschichte. Ihr Mangel dagegen, daß diese Entwicklung in einer gesammten Vergangenheit allein gegeben sein sollte! — — Solche ähnliche Worte mußten aber damals, in einer, von Revolutionen des extremen Geistesschaffens des Rechts rastlos und immer wieder von neuem umwogten, gepeitschten und in ihrem Innersten bereits tief erschütterten Zeit — zumal solange man die schädlichen Folgen des neuen Extrems der „Vergangenheit" noch nicht gleichfalls an sich erfahren — wie eine endliche Ruhepause wirken, zum Theil wie eine heilende Wahrheit und Offenbarung! Denn die Worte übersetzten und kleideten so eine, zum Theil wenigstens in der That wohlberechtigte Erfahrung, eine halbe Wahrheit, der, nach einer Erkenntnis und endlichen Erklärung der Ursachen der fortgesetzten Revolutionen ringenden Menschheit nun auch theoretisch in Worte; sie brachten in verdienstvollster Weise einen Theil dessen, was zuvor ohne gewaltsame Revolution, ohne Theorie und unbewußt, Leben und Praxis der Gerichte von jeher geübt, nun auch zu klarem, theoretischen Bewußtsein: freilich leider nur eine halbe Wahrheit! — Verfolgen wir deshalb die Vorzüge wie die Nachtheile dieser „Neuerung" gegenüber dem Naturrechte. —

Die Vorzüge. — Kein Wort ist darüber zu verlieren, kein Lob wäre bis zu folgender Grenze unberichtigt: Die Wiedererweckung des früher, vor der Naturrechtsschule von jeher eben unbewußt geübten geschichtlichen Gedankens im allgemeinen zu unserem vollen Bewußtsein, das theoretische sich Wiederbewußtwerden eines, allerdings von den Römern schon erkannten (Einleitung Ziff. 1 II) Lebens des Rechts an sich, welches unwillkürlich durch eine gesammte Vergangenheit der Geschichte der Nationen hindurchwogt und immer wieder von Neuem als Gegebenes zu Tage tritt, ist ein hohes Verdienst, wenn so auch die Enthüllung des eigentlich entscheidenden Zeitpunktes, wann dieses geschichtliche Leben positiv gegeben ist, ob in der

Digitized by Google

Vergangenheit oder Gegenwart, noch fehlte; wenn auch das ewige Gesetz des Lebens so mit den einzelnen wechselnden Produkten eben dieses Lebens verwechselt wurde: Es war diese Erkenntnis in jener, von aprioristischen Vernunftslehren zerrissenen Zeit eine dankenswerthe, heilende, theoretische Offenbarung. Es war dies zum Theil allerdings zugleich ein Versuch der Belebung der formal besseren Methode in Deutschland, welche Baco für die Wissenschaft forderte, ein Recht der Empirie, wenn auch ein zeitlich und örtlich noch unvollendetes. Kann je ein Volk diese ewige Wahrheit, einer Erfahrung, daß ein Recht lebt, ohne Schaden missen, ohne sein Recht entweder der naturrechtlichen Willkür der Geister, oder einem Buchstaben des Ueberlieferten, oder einer mechanischen Routine einer unwissenschaftlichen Praxis verfallen zu sehen. — Das aber ist ja doch eben das Geheimnis aller großen Entdeckungen der Menschheit, wie anderseits das Räthsel der ungemeinen Schwerfälligkeit eines menschlichen Erkennens und sich Bewußtwerdens (§ 2 II a γ): Die einfachsten, die Welt bewegenden Grundgesetze: ein geschichtliches Recht, wie ein Gesetz der Schwere, eine Elektricität, verschiedene Güterquellen sind ja auf der Erde von jeher dagewesen. Sie liegen auf der Straße. Sie werden so zum Theil auch unbewußt von jedem noch so kindlichen Volke und Einzelnem in naiver Einfachheit geübt und ausgebeutet. Was so der Verstand des Verständigen lange Zeit theoretisch hartnäckig nicht begreifen will, das übt nicht selten im Kleinen längst das kindlichste Gemüth. Unsere Gerichte selbst haben von jeher eine Geschichte, Gesetz, Gewohnheit und ein Leben des Rechts in ihren Neubildungen verwirklicht, sodaß wir nachträglich vielleicht kaum begreifen können, wie solche ewig dagewesene Wahrheiten und Quellen erst einer wissenschaftlichen, bewußten „Entdeckung" bedürfen. Wie solche theoretisch doch durch ein Naturrecht mehr als ein Jahrhundert lang unserem Bewußtsein entfremdet werden konnten, und wie es erst des Forschens eines späteren Jahrhunderts bedurfte, um diese naive Wahrheit mittels Sprache und Schrift wieder in das Bewußtsein zu übersetzen. Wie insbesondere zuvor jenes doktrinäre, nur zum Theil berechtigte Extrem des aprioristischen Naturrechts, als ob Staat und Recht aprioristisch durch die subjektive Vernunft eines Einzelnen geschaffen, gemacht, geändert und gestürzt werden dürfe, erst lange Jahrhunderte hindurch seinen schweren Schaden stiften durfte, bis so Denker erst wieder der duldenden Menschheit die alte, zum Theil bessere Wahrheit zum Bewußtsein bringen konnten, daß eine Geschichte des Rechts schon um ihrer selbst willen zu achten sei. Und wie so also endlich alles gegebene Recht vorerst von uns auch begriffen sein muß, wenn es als Recht für uns gegeben, positiv sein soll! (§ 2 Ziff. II a γ). — Hat diese Offenbarung, dies Begreifen nicht etwa auch unserer „Praxis" genützt, obgleich doch sie von jeher eine Geschichte stillschweigend bewahrte? Gewiß! Auch in das Praktische übersetzt, belehrt uns dasselbe erst vollständig mit Recht, daß da eben, wo ein geschichtliches (noch nicht wieder durch

Digitized by Google

eine neue Geschichte abrogiertes) Gesetz, Gewohnheitsrecht geschehen und so geschichtlich gegeben ist, regelmäßig nicht mehr unbedingte bloße Vernunft des Naturrechts maßgeben dürfe, sondern nur dies geschichtlich Gegebene. Durfte, mußte man das auch uns Praktikern sagen, uns, welche doch den geschichtlichen Gedanken, wie wir sehen werden, thatsächlich noch viel reiner und consequenter bewahrten, als die historische Schule selbst, indem wir einerseits auch die wirklich für uns gegebene Geschichte einer Gegenwart und anderseits auch schon das bloße „geschehene" Urtheil, sobald es den positiven Rechtsquellen entspricht, das Präjudiz von jeher, seit den Römern ꝛc., als „Geschichte" achteten, welches doch selbst die historische Schule noch mißachtete? Auch uns aber mußte dies erst theoretisch gesagt und damit unser blos thatsächliches, stillschweigendes und concludentes Handeln uns selbst erst voll zum Bewußtsein gebracht werden: Denn ohne dies klare Bewußtsein wird auch unsere Praxis der Geschichte gegenüber schwanken und hie und da falsch urtheilen; z. B. trotz geschichtlich gegebenen Rechts auf Naturrecht sich verirren, solange sie sich der Nothwendigkeit der stillschweigend geübten Geschichte eben nicht auch theoretisch bewußt geworden ist! Deshalb ist für uns alle, für Theorie wie Praxis, dieses sich Bewußtwerden, diese wissenschaftliche Entdeckung des längst unbewußt Geübten ein Fortschreiten und eine, niemals zu verachtende Wohlthat!

Dies sind allerdings die wesentlichsten Vorzüge der historischen Schule. Was außerdem noch z. B. Savigny's System an Vollendung bietet, ist nicht Verdienst gerade der Historiker Savigny und Hugo als solcher. Sondern es sind dies theils Vorzüge, welche aus dem römischen Rechte und späteren Bearbeitungen zumeist einfach herübergenommen werden konnten: Wie etwa dessen obenerwähnte (§ 1 Ziff. 4 I β) drei Vorzüge: des πανδέχομαι und digerere, der materiellen Construktion des vergangenen Rechts zum System, und der formalen Construktion der römischen Technik. Theils, soweit nicht Savigny eine weitere Vervollkommnung zeigt, ist wenigstens das erste Anwenden des Systems schon das Verdienst des Naturrechts gewesen. Diese Naturrechtsschule schon begann namentlich seit Thomasius das System zu vervollkommnen und die Ermittlung des Systems erscheint ohnehin als Aufgabe und Berechtigung, als „Competenz" eines Naturrechts überhaupt, welches neben einer Geschichte suo loco fortwährend zu Recht besteht (§ 6 II c 2). Theils sind dies Vorzüge einer Philologie ꝛc. — Soweit somit von den Verdiensten und Vorzügen der historischen Schule. —

Nun zu den Nachtheilen! — Was aber ist nicht alles Geschichte? Auch Unrecht, Irrthum ꝛc. ist ja von jeher „geschehen" und deshalb: „Geschichte". Eine „Geschichte" kann ebendeshalb nicht unbedingt „Recht" sein! Hat so die historische Schule materiell ihren empirisch wahren, materiellen Cardinalsatz, ihre eigene Prämisse, daß das geschichtliche Recht lebt und sich bewegt, entwickelt und ändert,

Digitized by Google

auch praktisch bis zu seiner Consequenz durchzuführen verstanden; daß ebendeshalb dies lebende Recht materiell nur aus diesem seinen positiven Leben selbst und unmittelbar, und wie es zu erfassen ist? Und hat die historische Schule ferner die formelle Methode der Empirie Baco's auch richtig dadurch zu verwirklichen versucht, daß sie den Begriff ihrer Institute erst induktiv, aus den einzelnen lebenden positiven Aeußerungen der Rechtsquellen, nicht deduktiv zuvor sich selbst a priori aus der Vernunft schuf, und aus diesen alsdann erst die Casuistik gestaltete? Keines von beiden! In beiden Fällen verließ sie bei der Ausführung, wie neuerdings mehrfach anerkannt, einen empirischen wie den geschichtlichen Boden, und gerieth dieselbe selbst zum Theil auf den nebelhaften Boden des früheren aprioristischen Naturrechts!

Schon formell folgte die historische Schule niemals einer Empirie oder den Geboten der Erfahrung allein; sondern sie verfolgte infolge ihres zum Theil nur aprioristischen Geistesschaffens jene unerreichbaren, falschen Ideale und Utopien, welche wir in § 3 II A näher darlegen werden: Unter anderem glaubte sie: bald an die, vermeintlich nie endende Classicität eines vergangenen, alten, römischen Rechts, wie bei Kunstidealen, nicht aber an eine mögliche Classicität des heutigen Rechts; bald an den Ausschluß einer heutigen geschichtlichen Praxis: nur wieder durch eine andere, frühere antike, jetzt nicht einmal mehr nothwendig „geschehende" oder geschichtlich gegebene römische Praxis. Um hier Willkür des Naturrechts zu beseitigen, führte sie dort Willkür und willkürlichen Stillstand herbei. Sie zeigte hier theoretisches Lehren und praktisches Verdammen von Gewohnheitsrecht, wie dort umgekehrt: ein Verdammen und doch ein fortwährendes Anwenden des ungeschichtlichen Naturrechts! Und ist Savigny's Lehrmethode eine ausreichende? Nach der eignen Prämisse Savigny's lebt das Recht; seine Methode müßte also zugleich das Leben und die Quellen des Rechts erforschen. Genügt es nun, wenn Rudorff in der ebencitierten Schrift über Savigny S. 17—18 erzählt, daß dieser seinem Schwager Brentano gerathen habe, um Jurist zu werden, dreizehn Foliobände des Cujacius zu studieren? — Mit Recht hat daher u. a. bereits insbesondere Bekker (Streit der historischen und filosofischen Rechtsschule, akademische Rede 1886, Heidelberg, Hörning S. 20 und anderwärts) erwähnt, wie kein einziger Anhänger der historischen Schule thatsächlich das historische Recht rein durchführe. Zwar die Musterlehren: Savigny's System, Zeitschrift, Besitz wollen dies; sie suchen selbst das geschichtliche römische ꝛc. Recht einer Vergangenheit „rein durchzuführen": Ihre Quellenangaben schon beschränken sich im Wesentlichen auf rein römisches, canonisches und älteres Reichsgesetz! Aber ist eben diese aprioristisch deducierte, vergangene Geschichte allein immer eine wirkliche und empirisch für uns gegebene, ausreichende Geschichte (z. B. 2 IV)? Ist eben infolge der, blos aprioristischen Aufstellung, daß heutige Geschichte für uns nur gerade eine Geschichte der „Vergangenheit"

Digitized by Google

sein sollte, die für uns gegebene Geschichte überhaupt und die positive Rechtsquelle formal wahr zu finden? Konnten so bisher die Systeme des rein römischen ꝛc. Rechts der Vergangenheit der historischen Schule für eine jetzt auch nur gegebene geschichtliche Wirklichkeit und für uns Praktiker ausreichen? Mußte Savigny so nicht die ganze moderne Rechtsentwicklung, die Neubildungen des Rechts (§ 2 I 2) und die sämmtlichen Tagesfragen, kurz das „Leben" des Rechts, welches eben die gesammte Vergangenheit noch nicht zeigt, übergehen? Gleicht diese Sucht der historischen Schule, nur vergangenes Recht zu finden und mittels desselben das lebende Recht zu ersetzen, formell, nach den Worten eines Dichters verwandter, i. e. romantischer Richtung, nicht einem Ritte in altes „romantisches" Land? Aehnelt dies Streben so nicht etwa methodisch schon nicht selten dem puristischen Streben: die Hütte und Wohnung des heimischen Arbeiters und Denkers von heute mit ihrem, für heimische Bedürfnisse nun einmal gegebenen, modernen wärmenden Ofen und dem schützenden modernen Glasfenster, dem Culturhebel, welcher wohl allein Studium und Cultur im kalten Norden ermöglicht, zu sengen, ebenso jenen werthvollen Bau, welchen heimischer Bürgerfleiß einer Renaissance, jenes moderne Schloß einer gothischen Kunst, zu berennen und zu brechen; und warum? Weil sie ja doch alle dem, angeblich allein classischen Style antiker Bauten, den Ausgrabungen einer Vergangenheit von Pompeji ꝛc., der Tendenz nicht entsprechen? So, daß wir lieber ohne brauchbare Wohnung classisch frieren sollten, als solche unclassische Bauten zu bewohnen!? Gleicht endlich der faktische, nicht seltene Kampf der Schule gegen die thatsächliche, von ihr theoretisch selbst anerkannte Bewegung im Rechte bei Neubildungen nicht selbst hie und da dem Kampfe eines Ritters von der Mancha gegen die unwillkürlichen Bewegungen einer alltäglichen Windmühle, wegen eines nur vermeintlichen Unrechts und einer vermeintlichen Unordnung, weil eben der Herr Ritter die gemeine Weltordnung und ihre Gesetze nicht ganz erfassen will, welche die alltäglichste Mühle wie das alltägliche Recht mit willkürfreier Nothwendigkeit fortbewegen: zugleich dies Fächeln eines ewigen Geistes? Wie sollten wir mit einem, aprioristisch als Recht aufgestellten Rechte der gesammten „Vergangenheit" in unserem sich bewegenden Leben und Rechte auskommen? Für unsere Eisenbahnen, Telegraphen, in unserem Handelsrechte, in unserer Sozialgesetzgebung ꝛc. ꝛc.? So wird das aprioristisch gefundene, romantische Recht einer gesammten Vergangenheit wohl schon eine formell methodische Unmöglichkeit sein! —

So mußte aber ferner, wie formell, das geschichtliche Recht der gesammten Vergangenheit unserer historischen Schule für uns ein materiell falsches werden! Es enthält so nothwendig einen falschen, aprioristischen, materiellen Schluß, wie gesagt, aus der wahren Prämisse der historischen Schule selbst, daß alles Recht lebt und sich bewegt. (Einleitung Ziff. 1 und § 5—7). Was lebt, kann doch niemals voll aus der Vergangenheit, sondern nur aus seinem momen-

Digitized by Google

tanen, geschichtlich beweglichen Leben selbst voll und wahr dargestellt werden! Dies Recht einer gesammten geschichtlichen Vergangenheit der historischen Schule wird also aus zwei Gründen kein wahres, positiv lebendes Recht sein können: Einmal, weil, wie wir sehen werden, im Leben nicht blos Geschichte, sondern geschichtlich suo loco neben ihr, (wie soeben zu Ziffer 5 I cf. § 6 I a erwähnt), auch eine Neubildung ohne vorausgegangene Geschichte: „Naturrecht" gilt; und zweitens, weil selbst da, wo Geschichte gilt, niemals eine „vergangene" Geschichte gelten kann, sondern nur: ein „Leben" des Rechts, also eine lebende, möglicherweise später entstandene Geschichte; denn wir werden sehen: Selbst auch das fortgeltende Recht der „Vergangenheit" gilt ja nicht deshalb, weil es gegolten hat, sondern weil es noch jetzt gilt und lebt, i. e. weil seine Rechtsquellen noch in Geltung, nicht durch andere aufgehoben sind (§ 6 I c). Jede einzelne positive Rechtsquelle ferner lebt und bewegt das Recht fort: das spätere Gesetz, spätere Gewohnheitsrecht, spätere bessere Ueberzeugung hebt die frühere auf; ein Recht irgend einer Vergangenheit der historischen Schule wäre deshalb auch selbst quellenwidrig: Nicht zwar den Quellen zuwider im Sinne der historischen Schule, welche faktisch die Quellen einer bloßen Rechtsgeschichte, nicht Quellen eines heutzutage geschichtlichen Rechts sind (§ 2 II b β), sondern den Quellen im Sinne der heutigen wirklich positiven Rechtsquellen: möglicherweise zuwider dem jeweilig gegebenen Gesetze, Gewohnheitsrechte ꝛc. Diese in der That zeigen zum Theil und nicht selten ein systematisch „anderes" materielles Recht!

So aber ist die aprioristische Folgerung der historischen Schule, daß alles Recht in der „gesammten Vergangenheit" zu suchen sei, — welche die Schule zudem aus ihrer empirisch wahren Prämisse vom Leben des Rechts falsch ableitet, formell und materiell falsch; — entweder ein aprioristisches Angstprodukt der Panik jener sturmerregten Zeit, oder die Folgerung des Wägens eines Cunktators Savigny! Für die Extreme des vorauseilenden Naturrechts und der überschwänglichen Revolution im Staatsrechte eines Robespierre, Danton und Marrat wird diese Umkehr zur Vergangenheit vielfach berechtigt, für eine „geschichtliche" Selbstentwicklung unserer Praxis im Privat- wie öffentlichen Rechte wird sie schon im Principe falsch sein, und fordert dieselbe ein anderes, nicht minder edles und selbstloses Streben, um unsere historisch-romantische Lehre zu einer erfahrungsgemäßen geschichtlichen Wahrheit, wirklichen Nutzen fördernd, zurückzuführen! Im Civilrechte speciell war für Savigny (z. B. im Besitzrechte), wie schon andere gesagt, zudem der doppelte äußere Umstand von Bedeutung und Folgen: Bei seinem Auftauchen war der ächte Gajus noch nicht entdeckt: er konnte so nicht immer bereits ganz die vergangene römische Geschichte, das duplex dominium etc., begreifen. Ebensowenig war durch J. A. Seufferts Archiv die, fortwährend mahnende jeweilige viva vox des realen „Lebens" unseres Rechts veröffentlicht!

Digitized by Google

Das hinderte ihn auch in seiner Musterlehre schon an dem Erfassen der wahren positiven „Geschichte der Gegenwart"! Sein Recht wurde so vielfach nur eine aprioristische Uebermalung des Realen! (§ 2 IV). — So löste aber mit der historischen Schule nur ein zweites, zum Theil aprioristisches und schädliches (§ 4 A) Extrem das früher schädliche, zum Theil gleichfalls aprioristische Extrem des Naturrechts ab: Denn da, wo diese Naturrechtsschulen ein Unrecht boten: auf geschichtlichem Boden, konnte dies zweite Extrem der historischen Schule zwar hie und da ein segenvolles historisches Recht bieten. Umgekehrt aber da, wo das Naturrecht und die Bewegung der Geschichte selbst für völlig andere, neue Verhältnisse positive Neubildungen (§ 2 I 2) geschaffen hatte, konnte diese historische Schule eines vergangenen Rechts nur ein materiell und historisch unverstandenes wie unberechtigtes, schadenbringendes, weil lebloses altes Recht, wie aus Gräbern, wieder erwecken wollen, mittels dessen dieselbe das wohlerworbene neue, seitdem gleichfalls und real geschichtlich gewordene Recht grundlos und entgegen den Aussprüchen der positiven Rechtsquellen dem Berechtigten durch ein Leichengift vergiftete und entzog! Ein Recht, von welchem etwa ein Shakespeare seinen Exeter in Heinrich V. (2. Aufz. 4. Scene) mit Grund sagen läßt: „Kein loser ungereimter Anspruch, entdeckt im Wurmfraß längst verschwundener Tage, vom Staube der Vergessenheit gescharrt!" So war eben ferner die historische Schule im Grunde nur ein „Kreislauf von Irrthümern". Während die Naturrechtsschule die halbe Wahrheit lehrte, daß namentlich da, wo keine Geschichte existiert, das Recht aus inneren Gründen neu zu bilden sei, die zweite Hälfte aber, das geschichtlich gegebene, keine materielle Neubildung zulassende Recht dagegen verkannte, corrigierte umgekehrt die historische Schule diese falsche Naturrechtsschule mit Recht materiell zwar auf dem festen geschichtlichen Boden. Sie brachte dagegen neben dieser halben Wahrheit für die andere erste Hälfte des Rechts eine andere Unwahrheit: daß auch da, wo eine Geschichte niemals oder nicht mehr mit Grund gegeben, noch eine Geschichte der gesammten Vergangenheit, im letzteren Falle somit selbst eine Antiquität, materiell Platz greifen könne oder Platz zu greifen habe! Beide zum Theil aprioristischen Rechtsschulen wogen so die Vortheile und Nachtheile der „Geschichte" wie des „Naturrechts" gegenseitig auf, beide Extreme waren materiell mangelhaft! —

Dabei war auch schon speciell die theoretische Begründung des, vor allem betonten rein römischen Rechts durch die historische Schule eine falsche! Die Schule rechtfertigte die Geltung ihres römischen Rechts dadurch, daß dasselbe für uns „gesetzliche" Geltung habe. Diese Begründung aber und damit die hauptsächlichste Grundlage der historischen Lehre, des Systems Savigny's ꝛc. fällt in dem Momente in sich zusammen, in welchen neuere Forschungen nachgewiesen, daß das römische Recht für uns „niemals" Gesetz war! — Die neuesten Forschungen aber haben dies wohl in der That



Digitized by Google

ergeben (man vgl. z. B. Dernburg, Pand. § 3 und andere). Aus doppeltem Grunde: einmal, weil es für uns nie Gesetz; eventuell weil auch selbst ein römisches Gesetz längst durch das widerstreitende, spätere Gewohnheitsrecht der Praxis in einzelnen Fällen abrogiert wäre! Damit stürzt aber die hauptsächlichste Stütze der historischen Lehre in sich zusammen: das „reine römische" Recht! — Die Kammergerichtsordnung von 1495 nämlich legte den Richtern nur den Eid auf, daß sie nach des Reichs- und „gemeinen Rechten" urtheilen. Das gemeine Recht war aber damals nicht etwa das vergangene rein römische und sonst überlieferte Recht, sondern in Wirklichkeit nur die recipierte „Italienische Praxis", der mos Italicus, welche Praxis zu lehren nach Stintzing's Geschichte (§ 3 I) sogar die damaligen deutschen Universitäten ihren Professoren ausdrücklich zur Pflicht machten! Das recipierte römische Recht also war für uns nicht ein „Gesetz", sondern eine „Praxis"! (§ 3 II A 2.) — Eine Reception des römischen Rechts in complexu im Sinne der Späteren, gleich einem Gesetze, war so schon dadurch ausgeschlossen, daß eben nur das eingeführt werden konnte, was praktisch, i. e. lebend oder den Rechtsquellen, namentlich dem „Gewohnheitsrecht" im einzelnen Falle, entsprechend war! Sie wäre auch wohl unmöglich gewesen; ebenso, wie es unmöglich wäre, Gewohnheiten, Sitten, die Sprache eines fremden Volkes in complexu einzuführen! Es gilt eben da durchgehends nur dasjenige Fremde, welches und soweit es bei uns gilt, i. e. geübt wird und lebt; nur das wirklich angewendete Wort, nur der geübte Gebrauch einer Gewohnheit und die bestimmte, geübte und so gegebene Sitte wie Rechtsbestimmung. Zwar hat ja das römische Recht nach dieser Uebung der Praxis und wohl gewohnheitsrechtlich allerdings auch sogar sog. fundata intentio; für seine Geltung spricht eine Art Präsumtion. Aber ist das römische Recht nicht Gesetz, sondern nur Praxis, so ist dessenungeachtet dessen Geltung eine ganz „andere"! Solange nämlich für den bestimmten Satz nicht constantes Gewohnheitsrecht nachweisbar ist, sondern das Gegentheil, kann derselbe doch wohl nicht mehr Autorität beanspruchen, als die übrige Praxis auch, welche gleichfalls fundata intentio für sich hat, soweit sie auf positiven Rechtsquellen beruht, z. B. auf Gewohnheitsrecht; und jedenfalls kann auch das Recht durch dieselbe Praxis, welche es eingeführt, wieder beseitigt werden, nämlich durch anderes Gewohnheitsrecht der Praxis! — Welches sollte also der exakte Titel der historischen Schule sein, mittels dessen sie dennoch durch die Praxis des „rein römischen" Rechts die gewohnheitsrechtlichen und allenfalls durch kein früheres Recht beseitigten Neubildungen unserer Praxis nach Art des § 2 I 2 beseitigen wollte? Eine heutige Praxis muß ja doch im Gegentheile insoferne sogar verlässiger sein, als die alte, römische „Praxis", weil sie doch allein alle heutigen Rechtsquellen, die Consequenzen heutiger Gesetze, Gewohnheitsrechte ꝛc. beachten kann, welche diese frühere Praxis noch nicht beachten konnte! Und doch sollte eine römische Praxis bei uns

Digitized by Google

geltend sein, die unserige nicht, jene selbst bei gegentheiliger constanter Uebung und gegentheiliger opinio necessitatis? Welcher Widerspruch der Schule: ein Recht und Gewohnheitsrecht trotz desuetudo! So erscheint der historischen Schule mit ihrem „rein römischen" Rechte wohl ihre hauptsächlichste Stütze entzogen, und muß auch wohl Savigny's System, Zeitschrift, Besitz auf positivem Gebiete, abgesehen von der Rechtsgeschichte, fallen, soweit sein Recht nicht quellengemäß lebt!

Auch im Allgemeinen endlich ist die theoretische Begründung der historischen Schule von dem Gelten des Rechts einer „gesammten Vergangenheit" eine grelle Unwahrheit! Hier erscheinen ihre aprioristischen Schlußfolgerungen ebensowenig concludent! Die historische Schule hat so den Begriff der wahren Geschichte im „Rechte", dessen, was da „geschieht", so verrückt, daß wir Juristen unter Geschichte neuerdings fast nur die gesammte Vergangenheit verstehen: Und doch ist die, für uns wahre, gegebene Geschichte in realer Wirklichkeit niemals diese „vergangene" Geschichte, sondern im „Rechte" nur das, was eben im Momente der Gegenwart bei uns quellengemäß „geschieht"! Wie wir (§ 2 II b α) ersehen werden, verwechselt hier eben Savigny fortwährend das geschichtlich Allgemeine, concret Unbestimmbare, den allgemeinen Zusammenhang aller Geschichte mit dem concreten, einzelnen wechselnden „Produkte" dieser ganzen Geschichte, insbesondere dann wieder auch schon das allgemeine Entstehen eines Rechtsstoffes und concreten Produktes innerhalb einer gesammten „Vergangenheit" schon mit dessen, infolge des concreten Lebens und der Bewegung der Geschichte jetzt geschichtlich Gewordenen, also mit dem concreten Bestehen, Leben und Gelten: mit dem Resultate des Produktes selbst. Das concrete Recht, wie die concrete Pflanze, das concrete Volk der gesammten Menschheit, der Einzelne aber ist doch zum Theil ein anderes, als der Einzelne der gesammten Vergangenheit. Savigny kommt ferner deshalb, weil das Recht zumeist im Einzelnen unmerklich und allmälig anders wächst, ein Recht im großen Ganzen aber in der Vergangenheit im allgemeinen stets zu Recht besteht, auch zu dem falschen Anwendungsprincip: der Stoff, die Materie eines Rechts, welches er sich in seinem Gegebensein als Ganzes ohne Verschiedenheit des Produktes denkt, sei durch die gesammte „Vergangenheit" bereits gegeben oder geltend. Und doch belehrt uns schon vielleicht das einfachste Lied vollständig wahr: Windest du dir einen Kranz, jede Blume will gepflückt sein! Erst jetzt gepflückt: denn einen Kranz gab es in der Geschichte von jeher; und doch ist jeder „gegebene" Kranz ein anderer! So werden wir auch im Rechte ersehen, daß ein solches Bestehen oder Gelten zufolge eines Entstehens in complexu in einer „Vergangenheit" aus einem dreifachen Grunde eine Unmöglichkeit sein muß (§ 2 II a): Weil der gegebene, geschichtlich lebende (geistige und körperliche) Stoff des Rechtes sich im Einzelnen thatsächlich fortwährend auf dreifache Weise zu andern Produkten verändern kann: Theils nämlich mit den sich ändernden thatsächlichen Verhältnissen. Theils mit den sich ändernden geistigen



Digitized by Google

Ideen oder Ueberzeugungen. Theils aber endlich mit dem besseren technischen Erkennen, Begreifen der Wissenschaft. So kann sowenig ein Wissen des Rechts nach Savigny durch die gesammte Vergangenheit gegeben sein oder bestehen, als etwa eine Kenntnis des organisch gegebenen Menschen schon durch das Leben Anderer, oder als er selbst durch sein eigenes bloßes früheres Leben in der Vergangenheit allein nothwendig auch heute lebt! Als, wie gesagt, der Epigone sein eigener Ahne, als der Mann und Greis noch das Kind, die Frau noch eine Jungfrau sein kann! Auch selbst bloße thatsächliche Begriffe schon entstehen ja in ihren Ursachen, Keimen und Bestandtheilen bereits in der „Vergangenheit" — unmerklich, — und doch bestehen sie erst als „gegebene" Begriffe, wenn sie im Momente der jüngsten „Gegenwart" bestehen; geschweige organisch lebende fortschreitende Organismen wie Sitte, Gewohnheit, Sprache, Recht ꝛc. Vergleichen wir z. B. das Wesen der mechanischen Begriffe eines Haufens, des Roßschweifes, eines Bergsturzes! Längst sind die einzelnen Getreidekörner, Haare, Risse des Berges bereits in der Vergangenheit entstanden und gegeben, aus welchen diese Begriffe und ihr Wesen entstehen. Diese einzelnen Körner der Vergangenheit aber machen noch keinen Haufen, ein Haar noch keinen Roßschweif, ein verhängnisvoller Riß ist noch nicht der Sturz des Berges selbst! Auf einmal sind die thatsächlichen Begriffe in einer „Gegenwart" da, welche früher entstanden und doch in einer „Vergangenheit" und in ihrer Entstehung noch nicht bestanden, nicht dagewesen sind! So entscheidet für das Gegebensein allerorts und auch im organischen Rechte nicht Savigny's Entstehung in der „Vergangenheit", sondern nur das Leben und Bestehen in der „Gegenwart": Denn nicht blos in der thatsächlichen Geschichte, sondern auch in dem Gelten der geistigen Ueberzeugung und im technischen Begreifen des Rechts entscheidet der Moment der geschichtlichen Gegenwart (§ 2 II a)!

So wird sich uns die, vermeintlich praktische Fundamentallehre der Schule Savigny's, daß der Stoff des Rechtes als concret lebendes Produkt durch eine gesammte „Vergangenheit" gegeben sei, gegenüber jedem organisch Werdenden, wie gegenüber dem Rechte, als eine theoretische Unmöglichkeit und Unwahrheit erzeigen. — — Nur das eine können wir unserer historischen Schule zugeben: u. a. die Urstoffe, die sogenannten „Elemente" des Sauerstoffes, Stickstoffes, diese Urbestandtheile, aus welchen der menschliche Körper, die Elemente, aus welchen sich das neue lebende und praktische Recht erzeugt, die Begriffe: dingliches, persönliches Recht ꝛc. vielleicht die Gesetze des Lebens des Rechts mögen ewig dieselben, also diejenigen: einer gesammten Vergangenheit (vgl. unten § 1, 5 III b) sein; sie mögen sogar einem gewissen Kreislaufe unterliegen, welcher für uns stets wiederkehrt: im Emporsteigen des Rechts und dessen Verfall! Soweit geben wir den Lehrsatz Savigny's zu. Aber herrscht denn deshalb der ganze generelle Kreislauf des Lebens und der Weltgeschichte, ihr Aufsteigen und ihr Verfall in einer jeweiligen Gegenwart stets auf einmal? Das mechanische

Digitized by Google

Produkt eines kreisenden Kaleidoscops schon ist für uns — in jedem Augenblicke schon — faktisch wohl fast immer wieder ein anderes und fast nur in dem einzelnen Momente der Gegenwart gerade so gegeben, wie wir es jetzt erblicken, nicht, wie wir es auch schon in der Vergangenheit erblickt haben! Wenn aber so schon das Produkt eines „mechanischen" Kreisens in der Gegenwart zufällig und regelmäßig ein anderes sein kann, ein anderes, als in der gesammten Vergangenheit, um wieviel mehr muß dann das reiche Naturspiel des Wechsels, zu dem sich, innerhalb eines „organischen Lebens" mit Körper und Geist, stets wieder neue Produkte, anderer Geist, andere Formen ausprägen können, ein anderes sein: ganz wie in jedem der Tausende von Blättern eines Laubwaldes, wie in jedem lebenden Geschöpfe, so auch: in den Formeln unseres Rechtes! Wahr also ist auch theoretisch nur das Entscheiden des momentanen Lebens der „Gegenwart", nicht das Entscheiden der gesammten „Vergangenheit"!

Trotz dieser theilweisen Unwahrheit nun ist dieses Extrem des Rechts einer gesammten „Vergangenheit" unserer historischen Schule mit seinen wahren und falschen Bestandtheilen in der Civilrechts-Doktrin unseres 19. Jahrhunderts zu einer theoretischen „Herrschaft" gelangt, — wenn auch niemals zu einer thatsächlichen Herrschaft im Leben und in einer Praxis der gesammten Culturwelt, und obgleich außer dem Civilrechte eben dieser Schule keine einzige Disciplin dauernd willfährig gewesen (§ 4 C). — Wie war dies möglich? Diese Herrschaft der historischen Schule im Civilrechte allein erklärt sich, wie wir sehen werden, theils schon durch die vielen, hohen Wahrheiten des, von ihr angewendeten praktischen, classischen römischen Rechts (§ 1, 4 I β), solange dies antike Weltrecht unserer eigenen Rechtsentwicklung noch voraus war; theils durch die eigenen halben Wahrheiten der Schule; man beachtete nur die Fälle, in welchen diese historische Schule wahr, nicht auch die, in welchen dieselbe falsch ist, und erachtete sich so durch ihre Wahrheiten erwärmt. Theils aber erklärt sich dieselbe Herrschaft auch durch die geschickte, von, wenn auch zum Theil irrthümlicher Ueberzeugung getragene Leitung; namentlich aber dadurch, daß die historische Schule jene mächtigen, äußeren Mittel zu Hilfe rief, deren wir schon oben gedacht. Solche waren vor allem die Einflüsse der „Politik" (§ 1 Ziff. 4 II § 3): Savigny glaubte ja durch seine Antiquitäten Staat und Recht zu retten und: fand Glauben! Um dieses guten Zweckes setzte er aber die Faktoren des öffentlichen Lebens in Bewegung; und willfährig leistete seiner Schule der frühere reaktionäre Polizeistaat Vorschub! Dann die Beschlagnahme der gesammten, wissenschaftlich juristischen „Litteratur" und den Ausschluß der Praxis von dieser: von der theoretischen juristischen Presse (§ 3)! Endlich die Zuhülfenahme der, bereits geschilderten „Clique" (§ 3 II B 3), deren Bestehen bereits der Historiker R. Stintzing (F. C. v. Savigny, ein Beitrag zu seiner Würdigung, 1862, S. 46—47), vielleicht selbst E. J. Bekker (über den Streit

Digitized by Google

der historischen und filosofischen Rechtsschule, 1886, S. 12), bis zu einem gewissen Grade und im edelsten Sinne auch Rudorff (in der oben allegierten Schrift: Savigny, Erinnerung ꝛc., Weimar 1862) zugibt, und deren Schädlichkeit, wenigstens als einer blos äußeren Vereinigung zur Aufrechthaltung eines Rechts mit äußeren Mitteln, auch wo es als falsches aufgeklärt werden mußte, unten berührt werden soll (§ 1, 9 I, § 3, § 4)! Solche und ähnliche Umstände also erklären den gewaltigen, romantisch fieberhaften Einfluß, welchen die Herrschaft der historischen Schule fast ein Jahrhundert lang andauernd wenigstens auf die Doktrin des Civilrechts, vorübergehend auch selbst auf öffentliche Rechtsgebiete, übte!

Ueber das staatspolitische Wirken dieser Schule speciell, als eines bekannten, bedarf es keiner längeren Darlegung. Das hauptsächlichste Motiv ihrer Entstehung war ja die Politik (§ 1 Ziff. 4 II). An dem, zur Zeit ihrer Entstehung in Deutschland speciell noch bestehenden, alten Staate nun zwar hätte auch die historische Schule noch kaum ein Recht der „Vergangenheit" zu restaurieren versuchen können. Er selbst war ein „vergehender"! Erst später entwickelte sich aber auch bei uns, nach dem Vorbilde Englands, Frankreichs ꝛc. eine constitutionelle Aera. Dann aber, als sich auch das Recht unserer deutschen Staaten zu einem constitutionellen „fortzubewegen" begann, bemächtigte sich die historische Schule des Rechts einer gesammten Vergangenheit allerdings bei uns auch dieses Staatsrechtes, des Polizeistaates, zur Zeit der Stahl, Metternich, Gerlach und anderer! Sie suchten auch hier die Reaktion selbst gegenüber dem, durch ein geschichtliches Leben der Gegenwart längst bereits geschichtlich und positiv gewordenen, neuen Rechte! Erst der spätere Erfolg um 1848 und 1870 zeigte allmälig aber auch hier die Gefahren dieses aprioristischen Rechts einer gesammten Vergangenheit. Denn vor Ablauf eines Jahrhunderts, namentlich um 1870 (§ 3), haben ja die Ideen des „vergangenen" Rechts einer historischen Schule und das Unverständnis des, sich im Staate entwickelnden lebenden Rechts bereits außerhalb Frankreichs, namentlich in Italien, zum Theil in Deutschland selbst ꝛc. durch ihre Reaktionen und Revolutionen nach rückwärts: zu der Vergangenheit hin, wie bekannt, allmälig vielleicht bereits mehr kostbare Kronen gekostet, als die Reaktionen und Revolutionen des Naturrechts in Frankreich selbst! Ohne Zweifel war es ja auch hier für die Wohlfahrt eines Volkes in hohem Grade nützlich, daß die Extreme einer unbedingten Naturrechtsphilosophie, eines Schaffens und Stürzens des Staates nach der, ohne Erfahrung aprioristisch erdachten, subjektiven Meinung des Einzelnen, welche, wie in § 1, Ziff. 5 I gezeigt, bis zur Anarchie ꝛc. führen können, durch die historische Schule bekämpft wurden. Aber ist die historische Schule dabei stehen geblieben? Und wenn wir „Politik" üben, heilen und belehren wollen, ist es denn der rechte und ein weiser Weg einer solchen Politik, ein Naturrecht durch ein Extrem, ein Extrem durch ein anderes, durch

Digitized by Google

Antiquitäten heilen zu wollen, so auch selbst das berechtigt erkeimende, nothwendige Recht in romantisch seniler Panik mit „Gewalt" zu zertreten, statt das geschichtliche „Leben" des Rechts in seinen festen, unwillkürlich geschichtlich gegebenen Schranken zu erkennen, welches Geschichte eben neben einem Naturrechte, suo loco, soweit es von jeher berechtigt war, sich entfalten läßt. Unzulänglich ist ja wohl jedes gewaltsame Eingreifen in die Bewegung dieser unwillkürlich gegebenen und wirkenden lebendigen Welt- und Rechtsordnung durch ein Vor- wie Zurückleiten! Eine wirkliche Sicherheit gewährt vielmehr hier nur erfahrungsgemäße, quellengemäße Einsicht in dies unabwendbar gegebene Leben und unwillkürliche sich von selbst Bewegen der Geschichte des Rechts und ein Gehorchen gegenüber dieser höheren Ordnung! Eine historisch antiquarische Ordnung dagegen ist eben auch hier und für keine öffentliche Rechtsbildung eine wirkliche Rechtsordnung mehr; denn dieselbe droht hier vor allem, mit den Miasmen des ungesunden, todten Theiles ihres Rechtskörpers, allerorts auch den ganzen übrigen Körper des Rechts durch ein Leichengift zu ertödten, wie umgekehrt die Extreme des Naturrechts denselben in einem, zum menschlichen Aufenthalte und Athmen untauglichen Aether ersticken würden. Die dauernde Ruhe, welche solch' todte Bestandtheile der historischen Schule einer gesammten Vergangenheit dem Körper brächten, wäre hier vor allem eben nur: die Ruhe eines Kirchhofes. — Ohne Zweifel haben deshalb die Machthaber unseres 19. Jahrhunderts, trotz des Gesetzes des Lebens und der Selbstentwicklung des Rechts im öffentlichen Rechte, dem „vergangenen" Rechte der historischen Schule allzuviel ihr Ohr geliehen, zum Schaden von Staat und Recht! Unzweifelhaft und wie jetzt wohl allseitig anerkannt, haben sie, gerade um dieses todten, vergangenen Rechts willen, in den edelsten Elementen und Vertretern eines segenvollen, geschichtlich lebenden Rechts, welche später den Staat gut und sicher geleitet haben, um die Zeit einer Burschenschaft wie noch später, grundlos Martyrer geschaffen und manches legal sprossende Leben unter der Leitung von Historikern ertödtet, welche letztere so Staat und Rechtsordnung nur zum Ruine oder zur Gegenrevolution führten. Unschwer würde es einem Geschichtsforscher der Gegenwart sein, zu zeigen, wieviele Staaten durch besseres Verständnis eines geschichtlichen Lebens des Rechts und seiner Gesetze in Italien, Deutschland, Frankreich ꝛc. hätten in Ehren erhalten werden können, und wieviele dagegen durch Kultus eines vergangenen Rechts, der historischen Schule wie eines Naturrechts, erlagen! Sind denn nicht in der That unter der Leitung eines, das lebende Recht begreifenden Bismarck dieselben Einzelstaaten Deutschlands, soweit sie dies Recht begriffen, gerettet worden, welche in Italien infolge Verkennens eben dieses lebenden Rechts nicht mehr bestehen?

Fassen wir ebendeshalb das Resultat des Wirkens der historischen Schule noch in analogen Beispielen zusammen. Der Grundzug des Wirkens der historischen Schule ist so: einmal der „aprioristische", der

Digitized by Google

Erfahrung conträre Plan, daß alles Recht nur durch die gesammte „Vergangenheit“ gegeben sein, und zweitens, daß diese aprioristisch aufgestellte, nur gemachte Rechtsordnung, wenn dieselbe sich erfahrungsgemäß nicht bewährt, den empirisch gegebenen Hindernissen zum Trotz, durch künstliche Mittel und „Gewalt“, laut bisheriger Uebung: durch „Gegenwirkungen“, Gegenrevolutionen, List des Polizeistaates, dennoch herbeizuführen sein sollte. Diese Grundzüge eines Rechts nun, „Vergangenheit und Gewalt“, haben sich bis jetzt niemals dauernd im Leben der Wirklichkeit bewährt; nur eine deutsche Doktrin des Civilrechts hat sie eine Zeit lang für sich selbst durchgeführt. — Ueberblicken wir vergleichend die drei großen Bewegungen des Rechts der Neuzeit! Successive begegnen wir hier drei Evolutionen des Rechts: von der Kirche, dem Staate, herabsteigend selbst bis zu dem Privatrechte des Einzelnen. Hat aber bei irgend einer sich die historische Anschauung des vergangenen Rechts und ihre Methode der Gewalt als ausführbar bewährt? Bei keiner! — Beispielsweise das Zeitalter vor der Reformation in Deutschland im Mittelalter erstrebte noch alle Moral, Rettung, alles Wohlergehen für Staat, Volk und den Einzelnen von einer Besserung des Kirchenrechtes allein. Ist etwa hier schon das „vergangene“ Recht des katholischen Kirchenrechts allein Recht geblieben, und ist die kirchliche „Neubildung“ des Protestantismus, wie schließlich die Freiheit der Religion und des Glaubens, niemals gleichfalls Recht geworden, weil sie der Geschichte der gesammten Vergangenheit der historischen Schule widersprach? Lebt denn hier nicht das vergangene Recht des Katholizismus neben der „Neubildung“ des Protestantismus ꝛc. berechtigt fort? Und, soweit dies vergangene Recht der Kirche nicht respektiert wurde, hat Gewalt, hat der Versuch des historischen Kirchenrechts, dies neue Recht durch einen blutigen 30jährigen Krieg und durch eine fieberhafte Romantik der Orden wie durch List einer Politik zu unterdrücken, je zum Ziele geführt? — Das hierauf folgende Zeitalter einer politischen Revolution in England, Amerika, Frankreich und den übrigen Ländern des Continents erwartete wieder alles Heil der Völker wie jedes Einzelnen von einer Verbesserung der Staatsform und des Staatsrechts allein. Der Staat allein sollte auch das Individuum, das ganze Leben bessern! Nach dem Rechte der gesammten Vergangenheit unserer historischen Schule aber wäre nur etwa der Feudalstaat, möglicherweise der Absolutismus eines Ludwig XIV. vor dem Auftauchen der „constitutionellen Monarchie“, Recht gewesen. Ist deshalb etwa das Staatsrecht, die „Neubildung“ der letzteren niemals juristisch lebendes, gegebenes Recht geworden? War nicht vielmehr schon zuvor und seinerzeit der Feudalismus selbst eine bloße Neubildung? Und leben jetzt nicht in vielen Ländern constitutionelle Staaten neben absolutistischen berechtigt fort? Hat ferner hier Gewalt: haben gewaltthätige „Gegenwirkungen“, Gegenrevolutionen, hier vor allem schädigende Ränke des Polizeistaates, je die Bewegung des

Digitized by Google

Rechts dauernd und ohne Schaden hindern können? — Das Zeitalter einer socialen Revolution endlich erhofft sich jetzt eine Besserung des Individuums und seiner Lage von einer Aenderung der Privatrechtsformel allein. Ein Socialismus erwartet alles Heil von einer Ansichnahme der Güterquellen und Organisation der Arbeit, welche der Staat aprioristisch durch Zwang herbeiführen soll, Communismus und Anarchie von einer gewaltsamen anderen Vertheilung des Vermögens ꝛc. Was empirisch an dieser socialen Reform durchführbar erschien, ist zum Theil bereits geschehen (Unfall-Arbeiterversicherungen), zum Theil ist die Durchführung beabsichtigt. Was aber so, als Recht, neu gebildet wurde, ist erfahrungsgemäß nichtsdestoweniger Recht, obgleich es dem Rechte der gesammten „Vergangenheit" der historischen Schule widerstreitet. Das neue Recht lebt neben dem alten fort! Was aber sich als aprioristisches Recht nicht als lebend und empirisch ausführbar bewährt, wird wohl niemals dauernd Recht werden, auch wenn die aprioristische, doktrinäre Anarchie ganz dieselbe und mehr Gewalt anwendet, wie bisher die aprioristische, doktrinäre historische Schule! — Die aprioristisch historisch-romantische Rechtsschule also, welche Polizei- und sonstige öffentliche Gewalt sogar gegenüber dem empirisch berechtigten und geltenden praktischen Civilrechte: dem Civilrechte unseres Reichsgerichts und der sonstigen Gerichte! anwendet, bedarf deshalb gewiß, nach einem Schadenstiften während eines Jahrhunderts, endlich einer Nachprüfung. Umsomehr, als sich ihre Aprioristik auch außerhalb unserer Civilrechtsdoktrin, wie wir in § 4 C ersehen werden, in keiner einzigen sonstigen Rechts-„Doktrin" bewährte, sondern allerorts längst unterlegen ist! —

III. Das **lebende** und das **praktische** Civilrecht. — Bisher haben wir die mächtigen, einseitigen, mechanisch unvereinbaren und sich gegenseitig ausschließenden Extreme gegenüber dem realen Leben des Rechts und die Gegensätze dieser beiden aprioristisch doktrinären Schulen: des Natur- und historischen Rechts kennen gelernt; die „halben Wahrheiten eines Lebens des Rechts" auf beiden Seiten! — Vor allem deren Extreme: Die unbedingte Naturrechtsschule kann sein: die Revolution nach vorwärts; die historische Schule: die Revolution nach rückwärts zur gesammten Vergangenheit. — Ebenso die scharfen Gegensätze beider: Einerseits eine fortwährende flüssige Materie eines, nur durch bessere innere Gründe an sich jeweilig haltbaren und durch neue bessere Gründe sich erfahrungsgemäß stets neu erzeugenden Naturrechts. Anderseits aber einen Stillstand einer, ein für allemal gegebenen, festen Materie innerhalb eines geschichtlichen, zwar einmal früher in der gesammten Vergangenheit selbst beweglichen, jetzt aber starren und für die Ewigkeit fixierten alten Rechts einer gesammten Vergangenheit der historischen Schule. — — Dort also ein nie endendes, subjektives rastloses „Schaffen" und so möglicherweise ein subjektives Umstürzen; hier dagegen ein ewig quietistisch starres mechanisches „Gegebensein" und mögliche Stagnation eines Gegebenen. Dort fort-

Digitized by Google

währende „Produktion" oder produktive Thätigkeit; hier aber consequent „Reception" oder receptive Thätigkeit. Dort ein, durch das fortwährende Vernunftschaffen gegebenes „neues" Recht, zum Theil vielleicht ein, erst in Zukunft, oder auch nie auf einer gegebenen Welt wirklich werdendes, utopisches; hier aber umgekehrt der Ausschluß alles schaffenden Menschengeistes und seiner Vernunft durch den, zum Theil jetzt vielleicht längst geistlosen historisch antiquarischen Stoff eines „alten" Rechts einer gesammten Vergangenheit, welcher eben zum Theil ein, vielleicht nur dereinst gegebener, jetzt aber erstorbener sein kann! Dort also ungebundene „Freiheit" des Geistes im Recht Schaffen, hier blinde „Nothwendigkeit" des Gegebenen, Vergangenen. (Denn daß eine, weil unwillkürlich gegebene „vergangene" Geschichte schon noch heutzutage eine „Freiheit" und Nothwendigkeit zugleich in sich sollte bergen können, wie Savigny, Zeitschr. I S. 3—4 und Puchta Curs. I § 1 zu glauben scheint, wird kaum erfindlich sein können!) — — Zu diesen conträren Schulen treten etwa noch weitere Gegensätze hinzu, welche aber entweder für das innere Wesen keinen allein entscheidenden Einfluß üben, oder nur einzelne Consequenzen und Ausflüsse des quellengemäß berechtigten „Lebens" des Rechts überhaupt, und damit dessen grundlegende Berechtigung gleichfalls ergeben werden; z. B. Zweck, Naturgeschichte des Rechts 2c. — —

Vor allem dürfte sich nun hier aus diesem Fortbestehen unvereinbarer Gegensätze ergeben, daß und warum es diesen unseren bisherigen aprioristischen historischen und Naturrechts-Schulen thatsächlich noch nicht gelingen konnte, die Gegensätze innerhalb unseres Rechtswissens zu lösen und eine empirische haltbare, einheitliche Grundlage oder Schule unseres Rechts zu finden.

Solche Gegensätze nämlich, wie die erwähnten: — zwischen flüssigen und festen Bestandtheilen, zwischen freier Naturrechtsphilosophie und nothwendiger, starr gebundener, wie stabil gegebener vergangener Geschichte — sind eben an sich mechanisch unvereinbar. Und dennoch „vereinigt" das „lebende und praktische" Recht diese Gegensätze der Geschichte und des Naturrechts. Denn diese beiden Bestandtheile werden sich innerhalb des praktischen Rechts haarscharf nachweisen lassen (§ 6 I a z. B). Was birgt nun den Schlüssel zu einer solch' wunderbaren Lösung der Verbindung dieser, an sich unvereinbaren Extreme und Stoffe unserer beiden bisherigen Rechtsschulen? — Das Geheimnis nun löst die Schöpfung des Rechts, wie die Schöpfung des Menschen selbst, auf ihre wunderbare Weise: nicht auf „mechanischem" Wege; da verbleiben flüssiger Geist des Naturrechts und starre Geschichte ewig unvereinbar; sondern auf „organischem" Wege: Gleichwie der organische Bau des Menschen selbst flüssigen Geist oder auch flüssiges Blut mit gegebenen festen Knochen oder Muskeln zu einem lebenden Wesen in sich verbindet, so verbindet das organisch lebende und praktische Recht in seinem Organismus ein positives flüssiges Geistesschaffen mit der gegebenen festen Materie

Digitized by Google

einer Geschichte des Rechts suo loco: jedes von beiden an seinem rechten Platze, zu einer lebenden „Einheit". Freilich niemals in derselben Rechtspartikel; dies wäre eine Unmöglichkeit; aber indem er jedem der, an sich unvereinbaren, sich widerstrebenden Bestandtheile den bestimmten Platz im Organismus anweist, und so zugleich Collissionen ausschließt. Wir haben schon zu § 1, 5 I erwähnt, wie namentlich das Naturrecht der Faktor und Sauerteig ist, welcher sowohl sich selbst als Ueberzeugung der Rechtsquelle des Juristenrechts fortwährend lebendig entwickelt und bewegt, als auch als Anstoß zur lex ferenda wie als opinio necessitatis ein fortwährendes Leben und sich Bewegen selbst der geschichtlichen Rechtsquelle des Gesetzes und Gewohnheitsrechts mit sich bringt; wie also das Naturrecht das flüssige Element ist, welche das Leben des Rechts zumeist schafft und ohne welches das Recht als mehr starre Geschichte zum Theil ein todtes sein würde. Freilich zeigt sich aber stets in diesen beiden einzelnen Grund-Bestandtheilen des Rechts, in Geist und körperlicher Materie, Naturrecht und Geschichte ein Leben, ähnlich der Entwicklung der geistigen Ideen und der festen Materie (Stoffwechsel) des menschlichen Lebens. Denn im Rechte leben und ändern sich nicht nur die einzelnen geistigen Ueberzeugungen, sondern auch die einzelnen äußeren geschichtlichen Verhältnisse. Beide zeigen fortwährend die Zuführung neuer Bestandtheile an Stelle der verbrauchten alten: eben den Stoffwechsel (§ 2 II a).

Die Lebensäußerungen dieses, aus Geist und geschichtlichen Stoffen oder einem Geschehenen bestehenden Rechtsorganismus aber, dessen Herrschen, geht alsdann im praktisch lebenden Recht — materiell in folgender Art vor sich: Diese Herrschaft verkörpert sich, wie wir sehen werden, nach außen hin in der Weise, daß sie, solange ein Recht lebt, zunächst auf das Objekt des Rechtes, auf den Geist des, dem Rechte Untergebenen, als opinio necessitatis und juris einen moralischen Zwang übt und ihn freiwillig zum Recht-Handeln, zum Recht-Ueben bei seinen Rechtsgeschäften: zur Unterwerfung unter das Recht bestimmt; zur Haltung beispielsweise von Verträgen, Ausantwortung des Veräußerten ꝛc. im Rechtsverkehre. Dies ist eine freiwillige Verkörperung des Geistes! Bei Widerstand aber des rechtlich Verpflichteten verkörpert sich trotzdem dieses bald geistige, bald geschichtlich körperlich sich zeigende Leben und Herrschen des Rechts: vom psychischen bis zum physischen Zwange: durch das Rechtsprechen der Gerichte und die Zwangsvollstreckung. — Formal aber auch zeigt sich uns diese Verkörperung des Lebens und Herrschens des Rechts, wie die jedes Lebens, wie schon erwähnt, aus einer Erfahrung, und diese Erfahrung eben ergibt wieder in jedem einzelnen Fall wie im großen Ganzen, daß sich dies Leben, Gelten und Herrschen nach den Regeln der Rechtsquellen richtet; nach Gesetz, Gewohnheitsrecht und inneren Gründen. Bei den inneren Gründen (Naturrecht) ist äußerlich nur ein Geist sichtbar, welcher sich aber alsbald als „Zwang" zum Geschehen, zur Geschichte verkörpert, weil Geist allein nicht genügt; bei Gesetz

Digitized by Google

und Gewohnheitsrecht aber ist schon zuvor ein Geschehenes, eine Geschichte sichtbar: der Akt nämlich des Gesetzgebers und die Uebung, welche sich schon zuvor sichtbar zu Gewohnheitsrecht verkörpert hat. — Aehnlich ist es etwa ja auch bei einer Sitte und Sprache. Auch die Aeußerungen ihres Lebens und Herrschens werden nicht durch das Geistesschaffen der Menschen allein ohne geschichtliche, künftige Verkörperung und nicht durch ewig starre geschichtliche Uebung allein vor sich gehen und sich erkennen lassen, sondern durch ein fortschreitendes, sich verkörperndes Leben, welches hie und da durch geistige Einwirkungen, aber hier sogar zumeist durch feste Geschichte einer jeweiligen lebenden Gegenwart bedingt ist. Eine weitere formale Verkörperung dieses geistigen Lebens ist dann auch noch die Aufzeichnung dieses momentanen geistigen Lebens und Zwingens in Schrift und Urkunde. Das Nähere hierüber unten § 6 I b. —

So ist also das lebende und praktische Recht „materiell" ein unwillkürlich gegebenes geschichtliches Leben des Rechts mit Geist und Körper, welches erfahrungsgemäß in einer jeweiligen Gegenwart aus den Formen der positiven Rechtsquellen erquillt, uns wie die Objekte des Rechts geistig beherrscht und sich so äußerlich pragmatisch zu einer That verkörpert. — So ist ferner die formale „Methode" dieses praktischen Rechts nichts, als das freie Waltenlassen der Formen dieses „Lebens" des Rechts oder der erfahrungsgemäß herrschenden positiven Rechtsquellen, ohne daß das unbedingte geistig aprioristische „Recht-Machen" seitens des Naturrechts allein, und ohne daß das aprioristische Zurückhalten dieses Lebens in einer gesammten geschichtlichen Vergangenheit seitens der historischen Rechtsschule allein entscheidet. Und dies Walten dieser Gesetze muß allerdings auch noch das Wissen der Menschen in Leben, Gerichtspraxis oder Theorie begreifen, von unten auf: empirisch oder a posteriori aus den einzelnen Aeußerungen begreifen. Denn zwar auch ein bloßes Treffen oder Errathen von, nur a priori und deduktiv geistig allein geschaffenen Principien kann vorkommen; dies ist aber dann nur ein glücklicher Wurf und Zufall! Dies lebende praktische Recht unterscheidet sich demnach von der Rechtsdarstellung der beiden bisherigen aprioristischen Rechtsschulen formal darin, daß diese beiden bisherigen Rechtsschulen einseitig und extrem, nur immer wieder einzelne der verschiedenen positiven Rechtsquellen a priori feststellen und bevorzugen; daß die historische Schule so nur einseitig das bereits Geschehene und die geschichtlichen Rechtsquellen: Gesetz oder Gewohnheitsrecht, die Naturrechtsschulen dagegen nur einseitig ein Geistesschaffen oder die naturrechtlichen Rechtsquellen: die inneren Rechtsgründe des Juristen- oder sog. wissenschaftlichen Rechts, theoretisch als allein berechtigt anerkennen. Während das lebende und „praktische" Recht diese beiden doch nur beschränkt, suo loco in einer organischen Verbindung — zudem in einer, § 6 II b und § 7 näher festzustellenden Stufenfolge, wenn

Digitized by Google

man will Skala — und zwar wieder diese sämmtlichen positiven Rechtsquellen auch oft organisch verbunden: nämlich sowohl am richtigen Orte geschichtliches Gesetz- und Gewohnheitsrecht, als am richtigen Orte Naturrecht vereinigt. So bildet dies praktische Recht nur eine richtige „Vermittlung" wie Versöhnung zwischen den beiden Extremen des historischen und Naturrechts. Dies lebende und praktische Recht ist so die richtige Mitte und Waage zwischen den Extremen: einer Natur- und historischen Rechtsschule, eine Waage zwischen den Revolutionen einer bloßen Vernunft von 1789 und eines feudalen Legitimismus der Vergangenheit, zwischen einem vergangenen Zunftzwang und aprioristischen Socialismus einer modernen „Gesellschaftstheorie" u. s. w.: eine Mitte des gegebenen positiven Rechts!

So ist aber im Grunde dies positiv lebende — und seine Copie, das praktische — Recht, vom Standpunkte der wirklich gegebenen „Geschichte" betrachtet, zugleich auch, wie gesagt, die, für uns jeweilig wahre und wirklich gegebene oder lebende, nicht erstorbene Geschichte! — Das lebende praktische Recht ist allein die wahre Geschichte: Denn auch eine wirkliche „Geschichte" des Geltens des Rechts wird ja folgendes fordern: Daß ein Recht doch nicht blos, nach der Lehre der historischen Schule, in der gesammten geschichtlichen Vergangenheit gegeben war; weil eben diese vergangene Geschichte, Gesetz und Gewohnheitsrecht, für neue heutige Rechtsverhältnisse einfach erstorben sein oder nicht ausreichen kann. Daß quellengemäß — in bestimmten Fällen wenigstens, selbst mit der Naturrechtsschule — ein, wenn auch nicht aprioristisches, so doch ein empirisches „Schaffen" eines neuen Rechts, oder eben eines „Naturrechts", aus inneren Gründen als Juristen- und wissenschaftliches Recht auftretend, auch in der Geschichte von jeher eingetreten ist. In dem Momente des Geschehens oder Herrschens einer solchen werdenden Geschichte, in dem Momente des wirklich geschichtlichen Rechtfindens und Urtheilens innerhalb der Gegenwart herrscht also dann geschichtlich nimmermehr die bereits vergangene Geschichte der historischen Schule, sondern erfahrungsgemäß ein geschichtliches Leben oder eine wahre lebende Geschichte des Rechts, deren Inhalt eben, neben der Anwendung einer starren, geschichtlichen Vergangenheit, zugleich ein Schaffen eines, zuvor noch nicht fertigen und gegebenen „Naturrechts" ist! Erst dann, wenn dies Naturrecht als Recht gewirkt und geherrscht hat, erst dann wird es gleichfalls vergangene Geschichte (Präjudiz)! — So zeigt aber im positiven Rechte die Erfahrung der Geschichte selbst: das Gelten einer bereits „gegebenen Geschichte" neben dem Gelten eines erst Recht „geistig schaffenden Naturrechts", oder mit anderen Worten: daß eine Geschichte allein nicht die geschichtliche Grundlage des Rechts sein kann!

Haben wir aber damit das Wesen unseres allein thatsächlich geltenden und geschichtlichen: lebenden und praktischen Rechts, das Hauptthema des § 1 Ziff. 1 zugleich als organisch lebende Vereinigung von geschichtlichem und Naturrechte gekennzeichnet, so ergibt sich hieraus

Digitized by Google

das Nebenthema des § 1 Ziff. 2: die nothwendige Einheit zwischen diesen Schulen unter sich wie zwischen Theorie und Praxis, — wie folgt: — Das bisherige, einseitige sich Trennen von flüssigem Naturrecht und fester Geschichte innerhalb der Naturrechts- und geschichtlichen Rechtsschulen konnte so im Grunde nichts anderes sein wollen, als eine, nur vermeintlich, niemals wirklich mögliche, doktrinäre, einseitige Secession der flüssigen und festen Bestandtheile, und zwar doch nur innerhalb eines und des nämlichen lebenden Organismus oder Rechtskörpers, welche das praktische und lebende Recht in sich vereinigt, und jedes lebende Recht doch vereinigen muß! Diese einseitige Secession glaubten nun aber unsere beiderseitigen extremen doktrinären Schulen aprioristisch je in eine That, in eine Wirklichkeit umsetzen zu können! — — Wir bedürften da wohl nur der nüchternen endlichen Hülfe eines juristischen »Mennenius Agrippa«. Ein solcher würde uns, vielleicht auch bei dieser Secession, ähnlich wie dereinst bei jener Secession von Patriciern und plebs in Rom, eine einfach klärende Fabel erzählen können. Er müßte uns eben beredter etwa schildern, wie auch bei uns innerhalb eines und desselben Körpers einer Jungfrau Justitia dereinst das flüssige, heiße Blut (vergleichbar dem Naturrechte), unzufrieden mit der trägen Bewegung der Jungfrau, sich von deren trägeren, festen Stoffen, den Muskeln und Knochen (vergleichbar der Geschichte) völlig zu trennen gedachte. Wie aber damit — eine Revolution innerhalb dieses organischen Körpers entstand! — Wie dann jeder der beiden Bestandtheile, nämlich die flüssigen des Naturrechts und die festen einer unverrückt bereits gegebenen Geschichte der historischen Schule, jeder nur für sich allein, ihren Rechtskörper: ein organisches „Leben" des Rechts ausfüllen zu können wähnten: Wie dies aber den lebenden Körper der blühenden Jungfrau einfach ertödtet haben würde; und wie deshalb verkannte, vielgeschmähte, aber weit lebenserfahrenere Praktiker heimlich, stillschweigend und unbemerkt, innerhalb ihrer Präjudizien, eine concludente Rückkehr und Wiedervereinigung der flüssigen und festen Bestandtheile in demselben Körper bewirkten, zu welchen diese Elemente doch ohnehin gehören, und — wie so allein, mühsam und theoretisch unverstanden, das Leben unserer hehren Jungfrau erhalten, gefristet wurde: Ein Leben freilich, welches erst nach Römerart wieder zu classischem Leben und Blüthe erstarken wird, wenn dereinst Theorie und Praxis wieder vereint den organischen geschichtlichen Stoffwechsel dieses „Lebens" (§ 2 I 2) begreifen und schildern! — — Eine nähere, objektive Betrachtung würde ja vielleicht ergeben, wie so dasjenige in der That zutreffen würde, quod »fabula docet«: wenn auch alle Vergleiche des Lebens hinken müssen; sonst könnte ja nicht einmal eine Fabel existieren! Sie würde uns zeigen können, wie unser Naturrecht allein, welches in der That flüssig, und unser historisches Recht, welches allein fest ist, in unserem lebenden corpus juris in der That vereint, suo loco — als flüssige und feste Rechtsbestandteile nebeneinander — existieren müssen, weil das Recht niemals bald nur durch

Digitized by Google

flüssiges Naturrecht, bald nur durch feste Geschichte allein erhalten werden könnte, sowenig wie der menschliche Körper, (abgesehen etwa von einzelnen neutralen Bestandteilen des Rechts, welche allerdings beides zulassen § 6 II c)! — — Wie alsdann aber freilich unsere beiden doktrinär-aprioristischen Schulen sich dennoch eine solche „reine" Durchführung dieser ihrer „Secession" im wirklichen Leben praktisch dachten, darüber würde auch wohl selbst unsere Fabel kaum einen rechten Aufschluß geben können. Darüber schweigt auch selbst die Geschichte! Denn bisher stand die Spaltung eben nur auf dem Papiere, und nahm wohl auch jedes unserer beiden Extreme und Schulen unbewußt oder heimlich und versteckt, so daß es ihre Schüler zum Theil gar nicht merkten, wie unsere Praxis, noch immer etwas von dem, bis auf's Messer befehdeten entgegengesetzten Extreme mit sich zur Wegzehrung; so die Naturrechtsschule etwas von den Muskeln und Knochen der Historiker und Gegner; die geschichtliche Schule aber sehr, sehr viel Flüssigkeit des Naturrechts (§ 7 A 2 c): Das also, die Durchführung ihrer Schule, mögen uns die Professoren dieser beiden aprioristischen gelehrten Schulen selbst schildern! Von solch höheren Operationen haben wir schlichten, zu entschuldigenden Praktiker auch absolut keinen Begriff: Wohl hängt dies mit der Vernachlässigung und inferioren Natur der armen, an sich unbedeutenden Praktiker oder ihrer Denkfaulheit zusammen! Die Dachstube des Praktikers nicht: das Holz des historischen Katheders allein schafft vielleicht erst ganz andere Menschen, höhere Wesen mit anderem neuem Geiste und anderer Körpergestaltung und Fassungskraft! Nur eine Phantasie, etwa: als drastische Sage oder Märchen wüßte uns vielleicht auch von einem Erfolge solch einer wirklichen, reinen Secession zu erzählen, um das Ereignis auszubauen. Etwa so: Der Anblick, als die beiden getrennten Bestandtheile unseres, dereinst lebendigen corpus juris wieder einmal zufällig zusammentrafen, soll geradezu schauerlich und gräßlich gewesen sein! Man verbarg das wahre Wesen beider sofort durch Umhüllung mit kostbaren Phrasen. Das Feste des Rechts verblieb dann — als Mumie oder Skelett erstarrt — in einer „ewigen" ruinenhaften, nicht mehr bewohnten Urbs. Das Flüssige aber schleppten, rollten seine Schüler zur Rettung, gleich einer Art haltloser oder allmälig gleichfalls vertrocknender Blunze, vielleicht zu Mönchen auf einen heiligen Berg! — — Wie dem aber auch sei: Die Moral von dieser Geschichte? — — Sie bleibt wohl ewig die nämliche: Flüssiges Naturrecht und feste Geschichte wollen organisch verbunden sein; damit sie, jeder Bestandtheil an seinem Platze, sowohl selbst leben, als das Leben und Wirken unseres lebenden corpus juris ermöglichen können! Und deshalb müssen wir, wie dereinst in Rom Patrizier-Theoretiker und Plebejer-Praktiker, diese Arbeitsbienen des lebenden Rechts, bewußt zum praktischen lebenden Rechte zurückkehren, welches beide verbindet! Das ist dann auch Einheit zwischen Theorie und Praxis des Rechts. Und so dürfte sich das Wesen unseres lebenden „praktischen" Rechts

Digitized by Google

vielleicht mehr und mehr klären. Denn dies schien bisher in der That als ein so unbewußtes, wie das bekannte, von Schiller besonders als unbewußtes erwähnte Recht auf seine eigene Nase! Beide sind ja weder durch Vergangenheit allein gegeben, noch durch Vernunft allein, sondern nothwendig durch ein „Leben" der Gegenwart! (Denn wenn Vernunft und Vergangenheit schon Recht begründen würden, so hätte ja einem Schiller nach seinem Tode nicht Nase und Kopf abgenommen werden dürfen, um eine Zeit lang öffentlich gezeigt zu werden! Würde jemand diese Nase mit Haupt dagegen von einem „lebenden" Schiller verlangt haben, so wäre gewiß das reale „Leben" auch des Geltens des Rechts eher zu Tage gekommen! Es stirbt also selbst das Recht auf die eigene Nase, und muß doch deshalb wohl zuvor von einem Leben des Rechts bedingt gewesen sein!)

In der That bewegt sich, so einheitlich Geist und Körper verbindend, nun dies Leben unseres praktischen Rechts, wie seit Jahrtausenden, so auch heute noch im Wesentlichen zwischen den beiden, dasselbe bisher befehdenden, aprioristisch doktrinären Extremen des Natur- und historischen Rechtes, unerschüttert und gemessenen Schrittes, stillschweigend und concludent fort. Wie allseitig zugestanden und schon oben kurz zu § 1 Ziff. 2 erwähnt: trotz des Anstürmens dieser beiden Schulen hat dasselbe materiell, vor allem im concludenten Grundprincipe — abgesehen von dem, gerade in Folge dieses Principes lebenden und sich bewegenden, ändernden Detail — durch diese Schulen wohl kaum je eine fundamentale Aenderung erlitten! Aufgegangen vor allem ist dies lebende und praktische Recht in einer der bisherigen doktrinären aprioristischen Schulen niemals! Es konnte in denselben nicht aufgehen, weil ein reales geschichtliches Leben nie eine bloße „Naturrechts"-Philosophie allein und nie ein geschichtlich „vergangenes" Recht allein werden konnte, und weil auch unser praktisches Recht, trotz seiner vielfach unfertigen, tadelnswerthen Form, doch materiell, wie schon gesagt (cf. auch § 4, § 5 ff.), schon in Folge dieser Vermittlung der Extreme stets correkter und exakter vorgehen mußte, als die beiden bisherigen extremen aprioristischen Schulen allein: Denn unser praktisches Recht stützte sich von jeher auf sämmtliche positive Rechtsquellen, diese doktrinären Schulen immer nur auf einzelne und verletzten die übrigen augenscheinlich! Allerdings zwar „änderte" sich von jeher auch wohl dies praktische Recht materiell sehr bedeutend! Allein diese Aenderung war Folge: nicht etwa nothwendig des Eingreifens doktrinär aprioristischer Schulen, sondern nur: Folge der „Bewegung" des Lebens der Geschichte selbst, als Gesetz oder Gewohnheitsrecht oder Wissenschaft des Rechts: als innere Gründe (§ 2 IV)! Es mag ja auch sein, daß in Folge des Drängens und der wechselnden Herrschaft der beiden doktrinären Schulen hie und da wenigstens einmal die äußere Motivierung des praktischen Rechts wechselte; daß beispielsweise unter der Herrschaft eines Naturrechts das römische Recht mit Leibnitz als ratio scripta, bald darauf unter der Herrschaft

Digitized by Google

der historischen Schule aber eben dasselbe römische Recht als ein bloßes historisch gegebenes Recht bezeichnet wurde. Leicht möglich! Die aprioristischen Doktrinen verlangten Anerkennung, und weder Praxis noch Doktrin kannte ja bisher die Principien des praktischen Rechts selbst! An seinem concludenten materiellen „Fundamente" aber wird dies praktische Recht so niemals Abbruch erlitten haben. Auch Bekker u. a. hat beispielsweise erwähnt, wie wenig sich an den Pandekten des Praktikers Glück trotz einer historischen Schule z. B. änderte! Eine noch lebende Geschichte nämlich, fortbestehendes Gesetz und Gewohnheitsrecht wird auch unsere Praxis von jeher, trotz Anstürmens des Naturrechts, beobachtet haben; anderseits aber geschichtliche Antiquitäten wird dieselbe, soweit dieser Umstand zu ihrem Bewußtsein gelangt ist, eben von jeher, auch trotz Anstürmens der historischen Schule, mit dem Naturrechte nicht haben befolgen können: diese mußte sie durch ein geistiges Neuschaffen eines Rechts, i. e. eben zugleich durch ein Naturrecht neben einer lebenden Geschichte, wohl von jeher ersetzen!

Damit hat sich uns aber bereits ein erstes und zweites leitendes „Grundprincip" unseres lebenden und praktischen Rechts überhaupt, durch welches sich dieses von allen bisherigen Rechtsschulen unterscheidet, angekündet: die mechanische Anwendung von Geschichte neben Naturrecht und die organische Verbindung beider durch sein gegebenes Leben; wir werden dieses mechanische neben den organischen und den übrigen zeitlichen und räumlichen Grundprincipien unseres positiv lebenden und praktischen Rechts sofort unten, am Schlusse unserer Ziffer III, als thema probandum übersichtlich zusammenstellen und in § 5—7, namentlich in § 6, näher begründen müssen. Daraus wird sich uns dann ergeben, daß und wie das praktische Recht und seine Präjudizien, Zeuge der heutigen zahllosen Präjudiziensammlungen und der Beispiele in § 2 I 2, nicht blos im Einzelnen ein anderes Recht sind, als das Recht der bisherigen Rechtsschulen, insbesondere der historischen, sondern daß dies Recht auch im Principe und Systeme zufolge der ebenerwähnten Grundprincipien ein anderes Recht und selbst eine andere „Schule" sein wird. Denn nicht blos als Chaos werden so die einzelnen Abweichungen des Präjudizes dem doktrinären Rechte gegenüberstehen, und auch nicht bloß eklektisch nach freier Wahl des einen oder des anderen werden dessen Rechtsbestandtheile, bald Natur- bald historisches Recht, wie in einer Rüst- und Vorrathskammer mechanisch aneinandergereiht, in ihrer früheren Form unverändert zur Auswahl bereit liegen. Wir werden vielmehr mit Bluntschli anerkennen müssen, daß auch dieses geltende Recht ein „Organismus" ist, und hieraus weiter folgern müssen, daß dessen einzelne Bestandtheile infolge des Verdauens durch Altwater Chronos, des Stoffwechsels und der hierdurch eintretenden „Specifikation" der einzelnen neu hinzutretenden Bestandtheile, zum Theil neue Glieder eines, im großen Ganzen neuen Rechtsorganismus



Digitized by Google

geworden sind. Ganz ähnlich, wie jedes lebende, noch so technisch unerkannte Recht — gleich jedem lebenden Menschen — von selbst sein einheitliches System bei seiner Geburt schon von neuem mit auf die Welt bringt, auch wenn dies einer Wissenschaft nie zum Bewußtsein kommen sollte: Auch das Recht wird so nach Goethe's Seherblicke mit uns geboren sein.

Auf diese Weise werden wir unten (§ 1 Ziff. 9 I) dann weiter ersehen, wie unser praktisches Recht zugleich technisch, wenigstens eine Zeit lang, eine andere Rechtsschule mit allen formalen, technischen Voraussetzungen eines solchen und solange wird sein müssen, bis es die allgemeine Ueberzeugung erobert. — Hat dieselbe Thatsache nicht auch unsere historische Schule bereits selbst anerkannt? Wie schon im Vorworte bemerkt: Im Grunde: ja! Denn auch aggressiv ist ja diese unsere historische Schule schon gegen dies praktische Recht vorgegangen; und eben bei dieser Gelegenheit hat dieselbe selbst die letztere bereits als eine andere: als eine vermeintlich ungeschichtliche „Schule" bezeichnet! Allerdings ist nun zwar so das praktische Recht nicht ungeschichtlich: Allerdings zeigt zwar dieses, wie erwähnt, sogar die allein wahre, für uns heutzutage allein noch gegebene, noch lebende und noch nicht erstorbene „Geschichte"! Aber die historische Schule hat doch damit, daß sie auch das praktische Recht als unhistorische „Schule" bezeichnete und mit der naturrechtlichen Schule von ihrer Litteratur ausschloß, deren principielle Verschiedenheit und deren Existenz als andere „Schule" anerkannt. (Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. 1815, I S. 1—6, 12, cf. oben § 1 Ziff. 4 II.) Und auch andere Juristen, wie schon bemerkt, sprechen ja bereits mit Recht von einer Schule des praktischen Rechts: So Hölder Pand. 1891, § 3 S. 14. —

Dies so sich kündende materielle System unseres praktischen Rechts ist ferner schon bisher in concludenter Weise — wenigstens in seinem Detail — auch theoretisch zum Theil ausgebaut. Wir haben schon erwähnt, wie dieser concludente Detailausbau des Präjudizes an Umfang: in unseren Reichsgerichtsentscheidungen, in Seuffert's Archiv ꝛc. fortwährend zu „modernen Pandekten" fortschreitet, und jetzt auch wieder in den neuesten Pandekten unserer Doktrin adoptiert wird. In diesem Detail ist eben der Ort, in welchem moderne Technik hie und da, frei von den Fesseln eines, nur mechanisch copierten antiken Baustyls, frei von dem Buchstaben, sowie frei von so manchem vergangenen Vorurtheile und doch im Geiste der antiken Vorbilder mittels des gleichen methodischen Systems und der gleichen Technik unter unsern Beispielen (§ 2 I 2) auch schon so manches wohnliche Heim, schon so manches Institut und Princip neu aufzubauen begonnen hat, welches wir auch als Princip erfassen werden müssen. Dieser praktischen Methode zudem, nicht der einer historischen ꝛc. Schule, huldigt bereits das gesammte Ausland. Die Methode unseres lebenden praktischen Rechts ist so, thatsächlich, wenigstens im Einzelnen mit dem Präjudize, allseitig und allerorts, in allen modernen Culturländern

Digitized by Google

— an Stelle eines einseitigen Naturrechtes wie an Stelle eines früher, seit der Zeit einer Glosse gepflegten, einseitigen historischen „rein römischen" ꝛc. Rechts — sogar bereits die herrschende geworden: In England, Frankreich, Italien, Deutschland, Holland ꝛc.

Nun ist aber wohl freilich eines der größten Räthsel der Culturgeschichte trotzdem dies: Dies wahre, allein positive und segenvolle praktische Recht, — das Recht, welches thatsächlich das deutsche Reichsgericht, die Praxis der gesammten Culturwelt, die Theorie des antiken Rom, des wissenschaftlichen Auslandes von heute, wie seit ein paar Decennien (seit Windscheid's Aufnahme des Präjudizes der Praxis in unsere Pandekten ꝛc.) auch wieder die neueste deutsche Doktrin thatsächlich wenigstens zur Anwendung bringt — ist, bisher noch immer — nicht nur in seinem Wesen und Grundgesetzen nicht erfaßt, sondern in Deutschland wird auch unglaublicher Weise dessen Erforschung in der verschiedensten Weise geradezu verfolgt! Die wissenschaftliche principielle Pflege dieses Rechts wurde selbst politisch verfolgt (§ 3), obgleich doch dies lebende Recht im „Staatsrechte" allein (§ 1 Z. 4 II) den Staat vor den Erschütterungen der Extreme, vor den Revolutionen des Naturrechts wie vor dem Leichengifte der historisch antiquarisch romantischen Schule erretten kann und seit der französischen Revolution, namentlich auch noch durch Bismarck, errettet hat, während doch diese Extreme allein um die Wette den Staaten ihre ruhige Entwicklung, ihre höchsten Spitzen, ihre Kronen entfremden! Obgleich doch ferner dies praktische Recht auch im „Privatrechte" allein das Rechtsleben unseres Volkes heutzutage segenvoll (§ 4 a. A.) zu regeln vermag!

Die Gründe dieses Umstandes werden im Verlaufe dieser Untersuchungen einzeln zu Tage treten. — Als erster Grund vor allem das unbekannte, nur stillschweigend und concludent geübte Wesen dieses praktischen Rechts und seiner Gesetze (§ 1 Z. 3); dieses kann ja bei einem, sich von selbst entwickelnden, lebenden Rechte lange Zeit so unbekannt verbleiben, daß, wie schon gesagt, theils eine Geschichte, theils eine Sage überliefert, wie auch in Rom erst das Haupt einer forensis factio, ein Schreiber des Appius Claudius, ein Gnaeus Flavius dessen erste Geheimnisse und Formen der stillschweigenden Uebung entwinden konnte. Und auch bei uns wird ja ein ausübender Praktiker, wie erwähnt, wenigstens den Anfang machen müssen, diese Geheimnisse des lebenden und praktischen Rechts dem Leben zu entwinden. Solange, bis auch unsere Wissenschaft, nach der materiellen Uebung der classischen Römer und nach der Methode des Engländers Baco endlich wieder die Anschauung überwunden haben wird, als ob eine, nur aprioristische Anschauung des Rechts möglich, als ob alles Recht nur entweder aprioristisch aus Vernunft allein oder aprioristisch aus einer gesammten Vergangenheit, aus der ausgegrabenen Urkunde ꝛc. allein erfaßt werden könne: statt von einer Induktion der gegebenen, einzelnen quellengemäßen Anwendungen auszugehen, kurz bis auch unser Rechtswissen sich wieder an empirisches Erforschen im Rechte aus



Digitized by Google

seinen positiven Rechtsquellen gewöhnt haben wird! — Als zweiter Grund wird erscheinen: die eigenthümlichen Verhältnisse in Deutschland in Theorie und öffentlicher Praxis. Ihnen beiden liegt die eben berührte Panik und der Terrorismus einer fanatischen historischen Schule seit einer französischen Revolution noch immer in den Gliedern, jener Praktik, welche nach den Verheerungen des aprioristischen Naturrechts durch seine Revolution in Frankreich noch fortwährend — durch ihr entgegengesetztes aprioristisches Extrem: durch bloße Antiquitäten — eine Staats- und Rechtsordnung zu retten wähnt, und zu diesem Behufe für diese Tendenz noch immer die Staatspolitik, die gesammte rein rechtswissenschaftliche Presse, vielleicht eine fanatische Clique dienstbar findet, das rettende praktische Recht aber auszuschließen und mundtodt machen zu müssen wähnt! (Einleitung Ziffer 1 u. § 3). — Als dritter Grund: die ungerechtfertigte Furcht unserer, die Litteratur beherrschenden historischen Doktrin, daß sie durch Aufgeben der unmittelbaren Herrschaft der Urkunde, des Rechts, wie dies die Ulpiane, Papiniane ꝛc. überlieferten, und durch Beachtung des Lebens jeden Einfluß verlieren und nur einer Praxis nachhinken könne (§ 3 IV 3)! Während, wie schon gesagt, doch im Gegentheil ein einfacher Blick, auf unsere Medicin z. B., sie belehren würde, wie sehr doch auch schon diese durch Aufgeben des alleinigen Cultus der Vergangenheit, ihres Hippokrates, Galen, Paracelsus ꝛc. und gleichzeitigen Cultus einer induktiven Empirie der Heilkunde an Wahrheit, Einfluß und selbst äußerem Reichthum gewonnen hat! Wie ebenso auch unsere juristische Wissenschaft durch eine unmittelbare Erfahrung des Lebens und Geltens des Rechts allein, gleich den Römern, durch ihre Hülfsmittel selbst auf unseren Universitäten, der Praxis umgekehrt, statt nachzuhinken, wieder vorleuchten und den alten Einfluß, altes Ansehen wieder erobern, selbst vielleicht ihre früheren Ideale einer „Aktenversendung“ in der lebensfähigsten Form der Consultation und des Rechtsgutachtens wieder erreichen könnte, so daß sie wenigstens die, in den Händen der Parteien befindlichen Akten wieder zur Lösung wissenschaftlicher Fragen zugesendet erhalten könnte. Wenn sie doch nur allseitig begriffe, wie durch das reiche Rechtsleben der Gegenwart jetzt selbst das reiche Rechtsleben der antiken Römer und ihres früheren Weltrechtes bereits überholt ist, und sie das positive Leben des Rechts jetzt, wie die Medicin nur am Krankenbette und in der Klinik, so gleichfalls nur unmittelbar an den Aeußerungen dieses Lebens des Rechts und seiner Rechtsquellen, nicht mehr an der vergilbten Urkunde eines Galen ꝛc. allein werde studieren können (§ 3 IV). Wenn sie sich vergegenwärtigen würde, daß es auf die Dauer doch auch ganz unmöglich sein wird, daß sie, wie der Uebergangsjurist Windscheid, die Gesetze des lebenden praktischen Rechts nur in den „einzelnen“ Aeußerungen seiner viva vox, des Präjudizes, anerkennen und billigen, die Ermittelungsversuche eben dieser Gesetze und Schule aber, welche sie in der Casuistik billigt, mit Windscheid (Pand. § 9, Note 4) noch immer, an dem entgegen-

Digitized by Google

gesetzten Grundprincipe des Rechts einer gesammten „Vergangenheit" der historischen Schule haftend, stören wollte (cf. unten § 3 a. E.). — Als vierter Grund wird zu Tage treten: die Apathie (§ 3 II C) unserer Praxis selbst! Deren gereifteste Juristen als Richter, Anwälte ꝛc. fühlen zwar, daß sie vom Rechte einer „rein römischen" ꝛc. Vergangenheit thatsächlich so abweichen müssen, wie sie es in ihren oberrichterlichen Präjudizien bestätigt finden; denn das geschichtliche Recht selbst ist ja daran schuld: die Geschichte selbst lebt und bewegt sich unwillkürlich und von selbst; dieselben dulden aber lieber apathisch alle Angriffe der aprioristischen Gegner auf dies ihr angeblich willkürliches ꝛc. Recht (§ 5), auf ihre in Wirklichkeit allein korrekte, stumme Pflichterfüllung, ja sie verfolgen z. Theil lieber den selbst (§ 4 D IV), welcher vor der Oeffentlichkeit und Litteratur erforscht, warum sie so allein und nicht anders handeln, urtheilen können, und welcher ihre Berechtigung feiert! — — als daß sie selbst an ihre wissenschaftliche Rechtfertigung dächten. — — Sie dulden so, bis die politische Panik unserer historischen Schule von selbst schweigt, welche doch, selbst nach rückwärts revolutionär, modernen Staaten schon manche Krone gekostet! Sie dulden und hegen das Märchen so selbst, als ob das, allein Staat und Recht erhaltende, lebende und praktische Recht je eine französische ꝛc. Revolution veranlaßt, und sie nicht vielmehr allein zu beschwichtigen und Staat wie Recht zu erhalten im Stande gewesen wäre. Möge deshalb jetzt diese Praxis endlich durch offene und klare Darlegung der, sie empirisch zwingenden, berechtigten Gründe und Grundgesetze doch zunächst sich selbst helfen: dann hilft ihr gewiß Gott und ihr Recht! — — Der einzige Weg somit zur Beschwichtigung all dieser Kämpfe und Wirren zwischen Theorie und Praxis ist: die erfahrungsgemäße Ermittlung der unwillkürlich und selbst geschichtlich gegebenen Grundgesetze des positiven Lebens des Rechts, eine Renaissance der Erkenntnis des fortschreitenden Lebens des Rechts neben der Kenntnis der Antike und des gothischen Mittelalters: des Lebens, welches doch dereinst schon die Präjudizien der Fragmente der Römer im corpus juris, wie unsere germanischen Weisthümer so mächtig verwirklicht zeigen. — Noch freilich hat kein Lobredner innerhalb der Oeffentlichkeit unserer Litteratur die Nothwendigkeit und segenvolle Verdienstlichkeit des Wiedererkennens gerade dieser ars der „praktischen" Römer, das geltende Recht unmittelbar aus seinem „Leben" classisch zu erfassen, offen genügend gefeiert, statt daß wir immer wieder den Buchstaben, den leblosen Cadaver des stillestehenden römischen Rechts zu galvanisieren und zu feiern versuchen! Im Gegentheile! Nur falscher Idealismus (§ 3 II A) aprioristischer Doktrinen freilich hat sich so bisher breit zu machen gewußt, nicht empirische heutige lebende und praktische Wissenschaft und Wahrheit! Noch nagen so aprioristische, extreme Doktrinen einer dereinstigen romantisch fanatischen Kampfesperiode offen oder heimlich an den unerschütterlichen Pfeilern unserer unwillkürlich gegebenen, unbeugsamen Wirklichkeit und Praxis; noch

Digitized by Google

schließen sich auch die beiderseitigen Bauleute einer aprioristischen Theorie und einer induktiven Praxis gegenseitig ab, jene, ohne das Leben durch Lehre und Ermittlung der Wirklichkeit wechselseitig zu unterstützen und nach seinen Gesetzen ihren eignen Bau induktiv abzumessen, diese, ohne principiell sich bewußt zu werden: als ob es der Cultur eines ganz andern Arbeitsfeldes gälte, welches — nicht in Deutschland, sondern in einem ganz andern Lande, in Thule etwa — läge! Nach Art eines düsteren Mittelalters und späterer Jahrhunderte schädigt vielleicht jetzt noch Theorie und Praxis vereint nur den, welcher — ganz nach dem stillschweigenden Handeln der Praxis wie nach den eignen Prämissen der herrschenden Theorie vom „Leben des Rechts" — den Satz auch theoretisch mehr und mehr zum Bewußtsein bringen würde: „Und das geschichtliche, lebende Recht bewegt sich doch!" Selbst derjenige Praktiker also, welcher im Interesse der Erfassung des Lebens des Rechts unseres Volkes wie unserer Praxis alle Speere der aprioristischen doktrinären Gegner auf seine Brust vereinigen wollte, um das lebende Recht der Prämisse unserer historischen Doktrin selbst endlich zu vertheidigen, läuft fortwährend so auch noch Gefahr, nicht blos von einem oder dem anderen historischen Doktrinär, sondern noch überdies von einem abnorm angelegten Angehörigen der eigenen Praxis, welcher seine eigenen Principien nicht kennt, fanatisch auch noch vom Rücken gefaßt zu werden (§ 4 D IV): ihm droht so ein corruere mutuis telis: seitens der Freunde und Feinde, derjenigen aller, welche sich soeben noch als Feinde gegenüber standen! Sie sehen in dem Vermittler noch jetzt den gemeinsamen Feind! Dagegen, daß ein Einzelner je die Gründe und Gesetze des thatsächlichen Geltens unserer Präjudizien aufzuklären und unserem Rechtswissen neben der Kenntnis der ausgegrabenen „Stoffe" einer Geschichte auch ein „Leben", eine lebende Seele einzuhauchen versucht, sträubt sich somit — als ob die alte Panik des extremen Kampfes noch immer fortdauerte — nicht blos, unbekümmert um die Wahrheit der eignen Doktrin, eine aprioristische Doktrin fortwährend, sondern, unbegreiflicher Weise, selbst dieser geringe, aber fanatische Procentsatz der Praxis selbst! Er sträubt sich gegen die Vertretung seines eigenen Fleisches und Blutes, des von ihm selbst geübten Rechts, unaufgeklärt über den Werth des eigenen Rechts. — So unglaublich sind die Nachwirkungen einer früheren Panik und einer trostlosen Kampfesperiode zwischen Theorie und Praxis (§ 3 II C). So wenig Klarheit herrscht bis jetzt noch über die folgenreichsten Grundfragen unseres realen praktischen Rechts! Dieser geringe Procentsatz unserer eigenen Praxis sträubt sich so noch gegen jede Theorie, gegen jede Grundfrage, selbst zur Rechtfertigung der eigenen Praxis: denn er erachtet eine jede Theorie, das Princip schon!! als „Gegensatz" und Schädigung jeder Praxis, ohne doch zu ahnen, daß jede Darstellung eines Rechts, auch die seinige, auch sein Präjudiz und Urtheil nichts ist, als eine Wissenschaft oder „Theorie" und die Anwendung ihrer „Principien" (§ 4 D III): Er will so noch immer

Digitized by Google

die eigene Praxis zu einer juristisch bewußtlosen Routine, zu einer Maschine und Tretmühle degradieren und — erniedrigen! —

Und möchten dann endlich doch auch unsere deutschen Regierungen erkennen, wo die feste Basis ihres Rechts und ihres Rechtsstaates ruht, und den Rechtsstaat nimmermehr begraben! Möchten dieselben nicht länger hie und da den, das Recht in werthlosen Formeln erstickenden Politikern, den sog. Heulern einer rückläufigen Zeit und Rechtsschule, und dies auch selbst in unserm harmlosen Civilrechte, so außerordentliches Gewicht, Auszeichnungen, Orden beimessen, ihren Fälschungen noch fortwährend Glauben schenkend. Als ob eine wissenschaftliche Pflege gerade dieses von unsern höchsten Gerichten geübten, doch im öffentlichen Recht allein Staat und Recht erhaltenden — doch überdies mit dem revolutionären Naturrechte nur völlig grundlos verwechselten — geschichtlich lebenden und praktischen Rechts (§ 1, 4 II) in der That Staat und Recht gefährde; nicht aber jene, allein den Staat und das Recht ernstlich bedrohenden beiden Extreme selbst: entweder ein subjektiv aprioristisches, revolutionäres Umstoßen jenes Naturrechts, oder ein nicht minder revolutionäres Rückschreiten zu einer geschichtlichen, das lebende Recht entziehenden Vergangenheit der historischen Schule! Möge insbesondere die, sonst so gerechte Regierung eines deutschen Landes so ihre Richter nicht länger zu einem passiven Martyrthum verurtheilen. Möge von ihr nicht infolge solcher Fälschungen der Wirklichkeit, wie dereinst zur Zeit der Burschenschaft einer der besten Praktiker, der Pandektist Joh. Ad. Seuffert und andere gemaßregelt wurden, so länger noch gestattet werden, daß ein einzelner solch extremer Fanatiker eines überwundenen Polizeistaates ungestört und unter höchsten Auszeichnungen einmal zehn Jahr hindurch die Richter eines ganzen Kreises maßregelt (§ 4 D IV): einzig, weil diese correkt und im Einklange mit den Präjudizien unserer höchsten Gerichtshöfe, entgegen einem, nur vermeintlich „gesetzlichen" römischen Rechte, urtheilten, selbst auch dann maßregelt, wenn sie von allen anderen Instanzen zur Auszeichnung vorgeschlagen und in ihrem praktischen Berufe mehr leisteten, als, von ihm aus „äußerem" Grunde Bevorzugte. — Denn — justitia fundamentum regnorum! — Doch verlassen wir hier vorläufig die Betrachtung dieser eigenthümlichen Zeit! —

Um nun hier vorläufig wenigstens einen Ueberblick über die, von uns endlich zu ermittelnden Grundgesetze unseres praktischen Rechts zu gewinnen, wird es zweckmäßig sein, wie ein thema probandum schon jetzt diese oben berührten, unser lebendes und praktisches Recht etwa veranlassenden und leitenden Grundgesetze oder Principien einer Schule in bestimmte Sätze — Thesen — zusammenfassen, um dieselben hier schon an der Thüre unserer Untersuchungen anzunageln: Wir werden so jetzt vorläufig die bisherigen bloßen Negationen oder Widerlegungen der übrigen Rechtsschulen in Ziffer 5 I und II auch zu positiven Sätzen umzugestalten suchen! Die nähere Begründung

Digitized by Google

dieser Grundgesetze unseres praktischen Rechts wird alsdann in § 5—7 erfolgen, bes. in § 6!

a) Erstes „mechanisches" Grundgesetz des praktischen Rechts. — Das Naturrecht ist der Geist, die Geschichte, das Geschehene ist der Körper, die Verkörperung des Rechts. Jede Geschichte aber als Geschehendes vereinigt diesen Geist und diesen Körper. Das Recht: mittels der Rechtsquellen. Eine positive nämlich oder praktische Rechtsdarstellung wendet die sämmtlichen positiven Rechtsquellen und damit: **Geschichte neben Naturrecht** an. Somit nicht blos, wie faktisch, beispielsweise innerhalb des gemeinen Rechts, die „historische Schule" in Savigny's System ꝛc. gethan, blos „historische" Rechtsquellen; nämlich thatsächlich fast nur die wirkliche und vermeintliche Gesetzgebung eines rein römischen, canonischen und Reichsrechts! Oder aber nicht blos, wie die Naturrechtsschule, bloße, naturrechtliche Quellen: aprioristische Philosophie, Juristen- oder sog. wissenschaftliches Recht allein! Das praktische Recht vielmehr wendet die gegebenen Stoffe der Geschichte neben geistigem Naturrechte, feste Materie und flüssigen Geist oder geistiges Bilden neuen Rechtes auf Grund der Rechtsquellen an, jedes von beiden freilich an einem anderen Orte, sowie nur in der, unten (§ 6 II b) erfahrungsgemäß gegebenen Stufenfolge: — suo loco. Zu diesem Behufe eben werden sich uns zuvor innerhalb einer empirischen Rechtswissenschaft die Rechtsstoffe, selbst schon (§ 6 II c) mechanisch, in zwei Hälften, in feste und flüssige, scheiden; von diesen wird die eine Hälfte eben nur einer bereits fix gegebenen Geschichte, die andere nur dem flüssigen, geistigen Schaffen des Naturrechts ausschließlich zugänglich erscheinen, (während neben diesen beiden Arten von Stoffen sich allerdings auch noch eine dritte neutrale Art finden wird, welche allein den beiden Quellen: einer Geschichte und einem Naturrecht nach deren Stufenfolge zugänglich ist!) Dies alles erklärt dies erste, mechanische Grundgesetz des Zusammenexistierens von Geschichte neben Naturrecht in jedem geltenden Rechte.

Dieses erste Grundprincip nun schon wird unser lebendes und praktisches Recht von den beiden aprioristisch doktrinären Rechten der Naturrechts- und der historischen Schule im materiellen Wesen unterscheiden: Weil, wie gesagt, das praktische Recht principiell suo loco zur Hälfte Rechte dieser beiden Schulen, Naturrecht und Geschichte, diese beiden doktrinären Schulen aber umgekehrt principiell nur je eines ihrer Rechte, das praktische Recht somit auf jeder seiner Hälften ein anderes materielles Recht anwendet, als eine dieser bisherigen Rechtsschulen. (Davon unten § 1 Ziff. 9 I.)

b) Zweites „organisches" Grundgesetz: Das Leben und sich Bewegen des Rechts gleichzeitig mit den sich bewegenden Verhältnissen. — Das geschichtlich geltende Recht ist nimmermehr ein blos mechanisch gegebener, in der Vergangenheit stillstehender „Stoff" oder die starre Materie einer vergangenen Geschichte, wie Savigny in dem bekannten Satze glaubt: „Die geschichtliche Schule nimmt an,

Digitized by Google

der „Stoff" des Rechts ist durch die gesammte Vergangenheit der Nation gegeben"! Dies positive Recht ist auch nicht blos die fertig überlieferte „Lehre" und vollends die „Urkunde" im Sinn der historischen Schule, von welcher diese uns mit Wagner sagen könnte, was man schwarz auf weiß besitzt, kann man getrost nach Hause tragen. Das Recht ist so nicht ein mechanischer Stoff, welchen unsere Jurisprudenz durch die Kunst eines Meisters, gleich einem edlen Metalle, mechanisch, sobald er aus Schachten und Gräbern einer antiken Vergangenheit ausgegraben ist, wieder von neuem, in seinem Stoffe unverändert, höchstens in andere Formeln der Gegenwart, umgießen zu können glaubt, um dann von neuem zu gelten! — —

Das Recht ist vielmehr ein Organismus, wie bereits Bluntschli mit Recht erkannt, und damit ein organisches **Leben** mit Geist und Körper, ähnlich dem Leben und Herrschen des Menschen! Nicht die flüssige Materie des Geistes allein, das Naturrecht oder die „Rechtsvernunft des Volkes" ist deshalb auch, (wie sogar die historische Schule wieder im Widerspruche mit ihrem eigenen Grundprincipe eines geschichtlichen Rechts behauptet), der „letzte Grund" alles positiven Rechts; sondern nur Geist und Körper organisch verbunden! Der, als Recht ausgesprochene Geist ist nur das, dem erstmaligen Entstehen eines Rechts allein sicht- oder vernehmbare, nicht das ganze Wesen des Rechts! Der Geist vielmehr wird im Rechte, sobald es positive Geltung findet, zugleich und sofort Geschichte und ein durch Geist und Körper gegebenes Leben! Durch Hinzutritt eines Körpers — durch Hinzutritt anderer Kräfte außer dem Geiste oder Naturrechte des, dies Recht Verkündenden — erst entsteht der nothwendige Körper eines geltenden Rechts! Solche Körper oder Verkörperungen des Rechts zu einem Leben des Rechts, zu einem Herrschen oder Gelten sind: Einmal die geistige moralische Kraft und Herrschaft, mit welcher der lebende flüssige Geist des Naturrechts sich allein schon bei seiner ersten Anwendung sofort verkörpert, uns selbst erfaßt und beherrscht, und ein Geschehen des Rechts, einen Rechtszwang: bald eine freiwillige Unterwerfung unter das Recht, bald aber einen Gerichtszwang erwirkt. Dieser geistige elektrische Funke verkörpert, sammelt sich zweitens so unter Umständen aber auch schon zuvor, vor der Anwendung, zu einer äußeren „Geschichte", in welcher der uns fesselnde geistig zwingende Funke des Rechts länger fortwirkt: so ähnlich, wie der elektrische Funke etwa in einem Accumulator: bis dieser Geist entflieht oder die körperliche Materie zerbricht! Diese letztere geschichtliche Verkörperung mit geistigem Zwang für folgende Fälle ist u. a.: das Gesetz, das Gewohnheitsrecht; nur ein secundäres Zeugnis — wenn sie solche Rechtsquellen eines Gesetzes, Gewohnheitsrechtes oder eines bloßen, meist subsidiären Naturrechts (wissenschaftlichen oder Juristenrechts) auch wahr schildert und spiegelt — ist aber die Schrift und Urkunde! In den obengenannten geschichtlichen Rechtsquellen des Gesetzes ꝛc. aber erstarrt so gewissermaßen nur zeitweise das Leben

Digitized by Google

der Rechtsquelle, gleich scheinbar leblosen, festen Körpern eines Eises' bis dies Leben sich von neuem bewegt, bis neue Wellenbewegungen der Rechtsquelle die alten, starren, vereisten Formen von neuem brechen, solange eine, sich erwärmende Temperatur noch dieses Erstarren fortdauern läßt, und nicht ein abrogare, derogare eintritt. — — Durch dieses zweite Grundgesetz nun eines „organischen Lebens" — statt eines Stillstandes bei einem vergangenen, mechanisch gegebenen Stoffe des Rechts — schreitet unser Wissen über die bloße Kenntnis des starren „Stoffes" des Rechts der historischen Schule ähnlich hinaus, wie etwa empirisch eine anorganische Chemie zu einer organischen fortschreiten muß!! — —

Dieses zweite organische Grundgesetz einer praktischen Schule aber richtet sich nicht einmal mehr gegen die grundwahre Prämisse der historischen Schule Savigny's, welche gleichfalls ein Leben und sich Bewegen des Rechts lehrt (§ 2 III a). Um so energischer aber gegen deren grundfalsches Anwendungsprincip, daß dies Leben nur in einer gesammten „Vergangenheit", nicht auch jetzt noch, gegeben sein sollte!

c) Drittes „zeitliches" Grundgesetz. — Entscheidend endlich für das Gelten und Herrschen des Rechts wie jeder Rechtsquelle, der Zeit nach, ist: nicht das Recht und der Stoff der gesammten „Vergangenheit", sondern gerade umgekehrt der des jüngsten Momentes des Lebens des Rechts innerhalb der **Gegenwart!** Selbstverständlich ist dies Grundprincip für alles, durch Erfahrung zu findende Recht einschließlich des empirischen Naturrechts! Denn nur das, was wir jetzt als geschichtlich gegeben erfahren, und nur das, was wir selbst jetzt als vernünftig finden, nicht das, was unsere Ahnen finden, kann das, auch jetzt Gegebene und uns vernünftig Erscheinende sein. Leben ist im Principe überhaupt niemals bloße Vergangenheit. Deshalb ist auch die Geschichte des lebenden und praktischen Rechts im Principe eine andere, als das Recht der gesammten Vergangenheit der historischen Schule: nicht die „vergangene", sondern eine fortlebende und neue der Gegenwart. Das Vergangene kann abgestorben sein! Auch die späteren Rechtsquellen heben formal die früheren, gleich wirksamen auf! (§ 6 u. § 7 B).

Auch dies Grundprincip wieder somit ist nicht ein Gegensatz gegen die Prämisse der historischen Schule, daß alles Recht lebt und sich bewegt oder ändert, sondern wieder nur gegen deren falsche Consequenz, als ob ein Leben des Rechts durch die gesammte Vergangenheit allein schon begründet sein könnte.

d) Viertes „räumliches" oder „örtliches" Grundgesetz. Jedes positive Recht gilt nur für den **Ort** oder **Raum,** für welchen es gegeben ist, und ist demzufolge ein nationales oder doch auf den Staat begrenztes, dessen Gesetzgebung und oberstem Gerichtshofe es unterstellt ist. Davon unten § 6 I d.

Dies die vier wesentlichsten Fundamentalgesetze einer Rechtsdarstellung oder einer Schule des lebenden und praktischen Rechts: in Rom wie in der Gegenwart. Von unseren bisherigen zum Theil

Digitized by Google

aprioristischen Rechtsschulen widerspricht die historische Rechtsschule in ihren Anwendungsprincipien somit diesen sämmtlichen vier empirischen Grundgesetzen. Das Naturrecht dagegen widerspricht dem ersten, vierten und theilweise dem zweiten Grundgesetze, insoweit der blos subjektive Geist des Naturrechts diese Verkörperung seines Geistes zur Geschichte innerhalb des positiven Rechtslebens nicht beachtet. — Neben diese materiellen Grundgesetze treten noch die formalen des § 6 II. — Die nähere Begründung dieser sämmtlichen Grundgesetze, dieser Angelpunkte oder Cardinalsätze einer Schule des praktischen Rechts indessen, wie gesagt, unten § 5—7, namentlich in § 6.

6. Bisherige äußere „Einigungsversuche" und deren Unzureichendheit. — In dem Bisherigen haben wir das Ringen unserer deutschen Jurisprudenz nach einer dreifachen Rechtsordnung für ein und dasselbe, gemeine und gemeinschaftliche Civilrecht wahrgenommen: Es ist dies ein Ringen gewissermaßen nach dem Rechte bald einer „Zukunft einer Naturrechtsphilosophie"; bald einer gesammten geschichtlichen „Vergangenheit" unserer historischen Schule; und endlich bald ein thatsächliches Ringen eines real lebenden, praktischen Rechts nach dem Verständnisse des geschichtlichen „Lebens" des Rechtes der „Gegenwart". Werden sich diese Rechte je einigen können? Obgleich dieselben doch unglücklicherweise Rechte einer ganz anderen Zeit sind! Um diese ihre Unvereinbarkeit in dieser Weise verständlich zu machen, erinnern wir uns doch an die Worte eines unserer ersten Dichter: Zögernd kommt die Zukunft hergezogen, pfeilschnell ist die Gegenwart verflogen; ewig still steht die Vergangenheit! — — Die „drei Principien" werden sich so nie einigen: denn Philosophie — Vergangenheit — Leben können nur zufällig zusammentreffen! — — Hat deshalb noch niemand an eine Abhülfe zur Beseitigung dieser Gegensätze in unserem Recht und so an eine „Einheit" unseres dreifach geschiedenen Wissens im Rechte gedacht? Und was ist hierin bereits geschehen? — —

Mußte da nicht jeder Jurist, welchem das Herz auf dem rechten Flecke saß, auf Abhülfe sinnen? Gewiß! Alle wollen wir Einigung! Der Praktiker muß Einheit zwischen Praxis und Theorie wollen. Er muß wünschen, daß ihm die Lehr- und Handbücher unsere Theorie reales, anwendbares Recht darstellen. Er kann aber den Deduktionen der bisherigen aprioristischen Schulen nicht immer folgen, weil sie unser Volk schädigen, ihm sein real lebendes Recht entziehen, den Besitzer unter Umständen von Haus und Hof jagen, und dieselben das reale Leben und sich Bewegen des quellengemäßen Rechts nicht erfassen (§ 4 a. A. und lit. A). Unsere Theorie um nichts weniger will Einigung. Auch sie will ein Recht lehren, nicht für Thule, sondern sie muß wollen, daß ihre Lehre, statt in den Wind gesprochener Worte, bei den Gerichten auch Anwendung finde. Aber sie sah hauptsächlich aus zwei Gründen nicht die Möglichkeit, der Praxis der Gerichte immer folgen zu können. Einmal, weil das praktische Recht selbst seine Gründe, seine Principien und Schule nicht kannte, sie nur

Digitized by Google

unbewußt übte; weil also dem Theoretiker das Rechtsprechen Willkür (§ 5), die große Masse der Präjudizien ein Chaos schien, in welchem er sich ohne leitenden Gedanken, ohne Principien nicht zurechtfand, und welches er so auch nicht nachahmen konnte. Und zweitens, weil ja seine Doktrinäre dies lebende praktische Recht mit einem staatsgefährlichen Naturrechte verwechselten und ihm sagten, daß er eine Rechts- und Staatsordnung erhalten, am gesetzlichen römischen Rechte ꝛc. festhalten müsse, nicht beide verderben dürfe (§ 1 Ziff. 4 II). — So aber konnten sich die beiderseitigen Anklagen nie über juristische „Gründe" Klarheit verschaffen, sondern sie bewegten sich in Phrasen! Der Praktiker schalt die Darstellungen der Theorie unpraktisch, obgleich sie der Theoretiker entweder auf Vernunft oder auf sein vermeintlich gesetzlich römisches und sonstiges Recht stützte. Der Theoretiker aber sah in der Verwerfung dieses seines Rechts bald als Naturrechtslehrer Denkfaulheit, Unkenntnis der Litteratur, geistlose Routine (§ 5), bald als Historiker mit Savigny's Schule Willkür (§ 5), Mangel an klassischem Geschmacke (§ 3), bald wußte er sich als Uebergangsjurist, welcher trotzdem das Präjudiz bereits anwendete, selbst keine Rechenschaft zu geben, warum immer wieder neue Präjudicien auftauchten, und er ließ Windscheid's trabende Phrase über sich ergehen: „kann auf Beachtung keinen Anspruch machen" (§ 3 IV a. E.)!

Das waren freilich nur negative und höchst werthlose Einigungsversuche! Gab es nicht aber auch schon positive? Halten wir Umschau! Haben bisher noch keine solche stattgefunden? Ohne Zweifel längst! Aber: leider auch hier nur thatsächliche, thatsächliches Aneinanderreihen des, zum Theil doch principiell verschiedenen Rechts unserer Doktrin und Praxis. (Wir wählen hier besser künftighin vielleicht die Bezeichnung „Doktrin", statt Theorie, für unsere Lehre. Denn eine Theorie, Gründe, Principien, eine Wissenschaft, selbst eine reale Schule hat auch und mußte auch unsere Praxis haben, wenn sie mit ihnen, wenn auch nur einzelne Präjudicien schuf; nur leider aber blos unbewußte, blos stillschweigend concludente [§ 4 D III]! Es gab aber auch schon eine bessere, bewußtere „praktische" Wissenschaft oder Theorie, z. B. in Rom!) — Ein solcher Abhilfsversuch nun ragt gleich am Anfange der neuen Spaltung vornehmlich hervor. Kaum war 1815 Savigny's historisch-antiquarische „Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft" erschienen, als, von der praktischen Doktrin eines Gensler, Mittermaier und Schweitzer geleitet, bereits im Jahre 1818 das „Archiv für civilistische Praxis" auftauchte. Der Titel schon sprach das Wort „Praxis" ausdrücklich aus, und auch das Vorwort Bd. I S. IV forderte eine „historisch-theoretisch-praktische" Rechtswissenschaft, also eine Vermittlung zwischen historischer Schule und Praxis. Aus den soeben erwähnten zwei maßgebenden Gründen fiel aber auch das Archiv später mehr der historischen Schule zu. — Auch Savigny selbst verlangte stets Einigung. Schon sein Beruf unserer Zeit von 1814 (§ 8, 3. Aufl. S. 126 f.) verlangt „Annäherung von Theorie und Praxis",

Digitized by Google

unsere Theorie müsse „praktischer und unsere Praxis wissenschaftlicher werden". Die Vorrede seines Systems von 1840 (Bd. I S. XXV) beklagt die eingetretene Spaltung von Theorie und Praxis als das Hauptübel unseres Rechtszustandes. Bd. I S. 93 dieses Systems bezeichnet sogar als gesunde Bestandtheile des „praktischen" Rechts „neu gebildetes" Recht, also eine materielle Construktion! Ja wir haben bereits erwähnt, daß dieser Cunktator dereinst Ueberwindung des römischen Rechts und ein „nationales" Recht für Deutschland prophezeite (vgl. § 5 III a): Aber Savigny selbst hat ja durch sein Schulprincip von dem, in der „gesammten Vergangenheit" gegebenen Rechte die Spaltung der Glosse vom realen quellengemäßen Leben des Rechts von neuem verstärkt heraufbeschworen! — Ebenso ragen auf Seite der Praxis Einigungsversuche hervor. Selbst J. A. Seuffert glaubte wohl durch sein, Savigny's Systeme im Jahre 1847 auf den Fuß folgendes Archiv mit realen Präjudizien eine Einigung auf praktischen Boden zu schaffen. Er verzeichnete ja im Grunde nur das heimische Gewohnheitsrecht, dessen gesetzliche Aufzeichnung Savigny selbst in seinem Berufe (3. Aufl. § 8 S. 132) bereits verlangte. Und in der That nahm die Uebergangsjurisprudenz unserer Doktrin seit Windscheid später selbst dies Präjudiz thatsächlich auf. Aber unsere Doktrin erfuhr so eben nicht, warum unsere Praxis anderes Recht darstellen mußte, als ihr vermeintlich gesetzliches, vergangenes Recht und wie, nach welchen Grundsätzen dieses andere Recht dargestellt wird: und die Einigung wurde so nur eine thatsächliche!

Aber so sehr auch eine solch' „thatsächliche" Einigung unserer Doktrin und des Rechtslebens im Präjudize — den nothdürftigsten drängendsten Anforderungen — des Rechtslebens abhilft, warum hatten doch alle diese, blos thatsächlichen Einigungsversuche nie durchschlagenden Erfolg? D. i. nie den Erfolg, daß auch die leitenden Principien unseres Civilrechtes durchgehends, in Doktrin oder Praxis sofort praktischere, andere, als solche wurden, welche das Präjudiz wieder hätten zurückdrängen müssen? Warum nicht in der Art, daß all' die trostlosen Nachwehen der Spaltung von Doktrin und Praxis sofort verschwanden, von welchen wir jetzt noch immer reichliche Spuren finden werden (z. B. § 2, 3, 4)? Daß unsere Doktrin selbst lebendes praktisches Recht darstellt? Daß der jetzt heimlich fortgesponnene Krieg zwischen Doktrin und Praxis sich legte? Daß heutzutage noch auch nur eine einzige, rein theoretische Zeitschrift bestünde, welche offene Principienstudien darüber aufnähme, warum unsere Praxis sich genöthigt sieht, sich selbst ein anderes geltendes Recht darzustellen, als das der historischen Schule?

Die Antwort lautet: Ein solches, blos thatsächliches, äußerliches Zusammenlehnen zweier principiell verschiedener Rechtsdarstellungen: der historischen und praktischen, kann niemals genügen! — Denn das, was nur mechanisch durch äußeres Wollen ohne innere organische, lebendige Verbindung und Ueberzeugung

Digitized by Google

zusammengelehnt ist, wird und muß bei der nächsten principiellen Frage, bei jedem principiellen Windstoße wieder auseinanderfallen! — Noch immer ist damit: die spaltende Ursache, noch immer die Triebfeder der Spaltung nicht gehoben, nämlich: Das, beide Theile stets von neuem spaltende Princip des Geltens des Rechts einer Vergangenheit und die hieraus resultierende verschiedene Ueberzeugung! Diese Ueberzeugung also muß vorerst mit dem Principe auf irgend einer Seite gebessert und dadurch eine einheitliche werden! — Die bisher nur concludent geübten Principien unserer Praxis werden aufgesucht, der Kritik der Oeffentlichkeit unterstellt werden, dort die Probe bestehen müssen, so daß sie der, bisher gegnerischen Principien huldigenden Doktrin bekannt werden und so auch allgemein überzeugen können, vorausgesetzt, daß sie berechtigt (positive) sind! Erst wenn so durch Einsicht und volle Ueberzeugung der Sitz des Uebels der Spaltung erkannt, erst wenn die Praxis eine bewußte Wissenschaft ist, nicht blos eine concludente, erst dann kann auf dauernde Heilung und Einigung gerechnet werden. Diese Einsicht, diese Ueberzeugung begründet aber nur ein leitendes Princip!

War es denn nicht bisher etwa volle, principielle Ueberzeugung und bona fides, was die Doktrin unserer Universitäten noch theoretisch so mächtig von Wirklichkeit und Praxis gerade zu einem Gegentheil abzog und beide noch jetzt zu principiell gesonderten Schulen stempelt (§ 3 II B 1)? Ist es nicht umgekehrt eine Nothwendigkeit, welche unsere Praxis und jetzt unsere Doktrin zum „anderen" Präjudiz führt? Muß ebendeshalb nicht dieser bisherige, vermeintliche beiderseitige, und auf einer Seite nothwendig getäuschte, gute Glaube vorerst durch eine bessere innere Ueberzeugung i. e. durch ein besseres Princip, welches den Grund der Geltung unseres praktischen Rechts zeigt, wieder ersetzt werden? War es denn nicht bisher umgekehrt der aprioristische Principienbau Savigny's, welcher unsere Doktrin allein noch fortwährend theoretisch überzeugte, welcher geradezu fesselte und berauschte: weil diese Doktrin nie Gegengründe zu hören bekam, trotz der vielfältigen, unserer Doktrin und öffentlichen Litteratur, zugleich durch die eigene Apathie unserer Praxis selbst, stets unbekannt gebliebenen, thatsächlichen wie juristischen Unmöglichkeiten oder Unausführbarkeiten? War es nicht speciell eine, theils tiefe halbe Wahrheit in sich bergende, theils aber nur grundlos fesselnde, noch nicht durch eine induktive Erfahrung verdaute Phrase, „Geschichte", welche spaltete: dieselbe Phrase, welche, richtig erläutert, wie schon erwähnt und auch aus § 2 u. f. ersichtlich, unsere Doktrin gerade umgekehrt zu den geschichtlich realen Nothwendigkeiten des Lebens und unseres praktischen Rechts hätte hinleiten müssen?! Warum also führen wir nicht das uns Irreführende, nur zum Theil Berechtigte zu einem besseren einheitlichen Princip? — Kurz wir bedürfen endlich einer Vergleichung der inneren leitenden Gründe oder Principien mit den diametral verschiedenen Schulprincipien unserer bisherigen doktrinären

Digitized by Google

Schulen, um zu einer allseitigen Ueberzeugung zu gelangen, um ein einheitliches leitendes Grundgesetz an die Spitze zu stellen und aus ihm heraus unsere bisher getrennten Rechtsdarstellungen endlich consequent einigen zu können! Kein anderer Weg führt nach Küßnacht!

Ist aber eine solche sofortige Vergleichung eben schon bisher ausführbar gewesen? — Wäre doch mit so leichtem Griffe zu enträthseln gewesen: die Natur unseres Rechts! — An einem einzigen Rechnungsfehler eben freilich krankte ja bisher noch diese unsere ganze Rechnung! Wollten wir so auch wirklich conträre „Principien unserer Doktrin und Praxis auf einander platzen" lassen, um sie lösen zu können, um dem berechtigten Realen die Palme zu reichen vor dem Schwächeren: welches ist das, doch vorzugsweise zu vergleichende Princip gerade desjenigen Rechts, welches, wie gezeigt, bisher allerorts allein thatsächlich gilt (§ 3 I): des praktischen? — — Wir haben den Grundfehler bereits wiederholt beklagt: Principien, Programme jeder unserer doktrinären Schulen zwar sind von jeher bekannt: ein „Princip unseres wirklich lebenden und thatsächlich geltenden praktischen Rechts" aber: wer hat es bisher in unserer Litteratur auch nur verlangt, geschweige öffentlich und offen gesucht und theoretisch verkündet? Nicht rechten wollen wir jetzt, wer daran Schuld trägt; und ob eine fanatische Doktrin dies hintertrieben! Wir halten uns hier allein an die trostlose Thatsache: die Spaltung zwischen Lehre und Leben ist da, und niemand will das spaltende Princip unserer Praxis kennen und durch ein einigendes lösen! — Weiß denn beispielsweise vor allem der historisch gebildete Lehrer unserer Jugend auf Universitäten fast auch nur, daß die ganze lebende Wirklichkeit unseres Rechts eine, im Principe andere ist, als das von ihm gelehrte Recht einer historischen oder Naturrechtsschule, und warum seine Lehre von dem realen Leben sich so erheblich sollte unterscheiden dürfen? — Wissen dann ferner auch unsere Praktiker selbst so genau, was diese andere Praxis ist (§ 1 Ziff. 3)? Fragen wir doch beispielsweise einen einzelnen unserer Praktiker, warum er doch sein „praktisches" Recht nach einem Präjudize gerade so und nicht anders, nicht nach vergangenem rein römischen, oder nach Vernunftrecht darstellt, und warum er sich doch in seinen Urtheilen so eingreifend vom reinen römischen ꝛc. Rechte der historischen Schule oder von der Vernunft des Naturrechts zu entfernen getraut? Verstände da in der Begründung nicht jeder Praktiker unter diesem seinen „praktischen" Rechte etwa je nach Umständen und Bedarf wieder etwas anderes, obgleich er doch regelmäßig in der Casuistik wieder mit der gesammten übrigen Praxis im Präjudize concludent zusammentrifft? Würde er denn am liebsten nicht hie und da vielleicht sogar, kurz entschlossen, vor allen eben seine eigene Ansicht als praktische proclamieren: jede andere, ihm nicht convenierende als eine „unpraktische" und „theoretische"! Und was die Hauptsache ist: wird eben auch er sich dabei stets auf allgemein faßbare, ihm selbst klar bewußte Gründe, d. i. auf Principien, stützen können? — Ist beispielsweise denn nicht

Digitized by Google

auch schon die Erklärung des Wortes „Praxis“ durch den letzten, hervorragenden theoretischen Leiter unserer Praxis, durch J. A. Seuffert selbst, — dessen bloße Uebersetzung des Wortes „Praxis“ nämlich in „Rechtsanwendung“ (wie wir eine solche etwa auf dem Titel von dessen „Blättern „für Rechtsanwendung““ finden) — genügend? Denn so correkt und treffend dieselbe auch sprachlich ist: ist sie denn auch materiell ausreichend, um aus ihr das Wesen wie die Nothwendigkeit der sichtbaren Abweichungen unseres praktischen Rechts von unseren wechselnden Doktrinen des Naturrechts wie des historischen Rechts zu ersehen? Müssen wir Praktiker denn nicht auch da immer wieder von neuem und erst jetzt principiell weiter fragen: welcher Art ist denn alsdann eben das, in unserer Praxis „anzuwendende“ Recht? Und warum wird es angewendet? Genügt es so überhaupt, daß derselbe treffliche J. A. Seuffert mittels des Präjudizes nur eine Casuistik geboten, ohne die leitenden und zwingenden Principien zu erforschen, welche andere gleichfalls zu dieser, von unserer Doktrin abweichenden Casuistik führen, zwingen müssen? — Ja, würde nicht das Vorhaben, mit einem Schlage „alle Principien“ unserer Praxis zu ermitteln, — selbst in mancher Hinsicht mit Grund — dem Kopfschütteln so manchen erfahrenen, im Dienste ergrauten und verdienten Praktikers begegnen? Wird nicht so mancher Praktiker aus einem doppelten Grunde nimmermehr begreifen können, wie das vielgestaltige Recht unserer Praxis sich doch, — gleich dem Rechte eines „aprioristischen“ Theorems, — aus einem subjektiven Principe heraus sollte deducieren lassen. Wir haben ja selbst z. B. schon oben bemerkt, daß so, wie eine „aprioristische“ Theorie von a priori aufgestellten Vernunftprincipien, von Natur oder Vergangenheit, ausgehend, unser auf induktiver Erfahrung beruhendes praktisches Recht nie vorgehen darf, sondern gerade umgekehrt! Dürfen wir so aber nur von einer „Erfahrung“ des Einzelnen ausgehen, so ist das Kopfschütteln dieses unseres verdienten Praktikers im gewissen Sinne nur um so mehr berechtigt: In der That würde ja alsdann wieder das erfahrungsgemäße Erschöpfen des ganzen Systems unseres praktischen Rechts mit allen seinen Principien und jedem Rechtssatze für jedes einzelne Institut die schwache Kraft eines Einzelnen bei weitem übersteigen!! Denn ein solches Vorgehen würde nicht blos das Wollen und das Wohlwollen einzelner Juristen: es würde gewissermaßen die Mitarbeit einer Nation, d. i. das Mitwirken eines jeden Juristen, welcher den Anspruch erhebt, juristisch irgend ein positives Recht überhaupt zu begründen, durch Jahrzehnte und vielleicht Jahrhunderte beanspruchen, um das Rechtssystem zu erschöpfen. Ein einheitliches praktisches Civilrechtssystem nämlich wird eine Nachprüfung eines großen Theils des bisher dargestellten Systems unserer historischen Doktrin, eine Nachprüfung so mancher Institute und Rechtssätze, neue Monographien ꝛc. und danach ein System voraussetzen, soweit solche Institute unseres praktischen Rechts eben von der bisher herrschenden historischen Rechtsdarstellung abweichen; (Beispiele

Digitized by Google

§ 2 I 2). Eine solche Aufgabe würde also vor allem ein „Einzelner" nimmermehr auf einmal und allein bewältigen! Ja wir müssen noch weit mehr zugeben! Die Darstellung und Ermittlung eines praktischen Rechts mittels der Rechtsquellen, unmittelbar aus dem jeweiligen, heutigen positiven Leben heraus, wird nicht blos im Einzelnen und nur allmälig, von Stufe zu Stufe und auf den Schultern so mancher Vorgänger, fortschreiten können, sondern diese Aufgabe wird auch niemals so ganz zum Abschlusse kommen können, daß wir quietistisch ein absolutes Recht für ewige Zeiten werden finden können: Einfach weil ja bekanntlich das Recht selbst lebt, sich entwickelt und ändert, soweit es von Menschen darzustellendes ist, weil es nicht ein, von einer Gottheit „absolut" geoffenbartes, Recht ist und so in manchen Einzelheiten immer wieder von neuem mit den Verhältnissen, Ueberzeugungen wie dem Erkennen (§ 2 II a) sich bewegt: Auch eine, der Wirklichkeit des positiven Lebens vollständiger entsprechende Rechtsdarstellung wird daher nie ganz rasten können, sondern auch in Zukunft der jeweiligen, im Flusse befindlichen Entwicklung aufmerksam folgen müssen: Kurz, eine praktische Schule wird in ihrer abstrakten Vollendung auch kein nahes, sie wird ein, erst allmälig, zudem in jeder Einzelheit möglicherweise von neuem zu erstrebendes und nie absolut endendes Ideal sein! Nimmermehr würden wir also — wie mit einem Schlage, als Einzelner die Aufgabe erschöpfen können! —

Und dennoch ist das Culturstreben unserer Zeit nach Einigung unserer bisherigen deutschen, als Natur-, historisches und praktisches Recht dreifach gespaltenen! obengeschilderten Rechtsdarstellungen unseres einen Civilrechts innerhalb des gemeinen wie Partikularrechts eine nicht länger zu verschiebende Nothwendigkeit, welche auch keine Gesetzgebung ganz ersetzen kann, (Vorwort, § 4 D III), und so unausweichbar. — — Aber nichtsdestoweniger gibt es einen Weg, welcher gestattet, mit dieser Einigung sofort wissenschaftlich zu beginnen und so wenigstens einen ersten Anfang zu machen! — — Wie? — —

Savigny bemerkt bekanntlich irgendwo gelegentlich einmal mit ähnlichen Worten ungemein treffend: Schon eine bloße Monographie über ein einzelnes Rechtsinstitut müsse, und zwar schon von dessen concretem Standpunkte aus, das ganze Rechtssystem durchdringen: Also wohl auch die obersten leitenden Principien: eine Schule, zu welcher sich das ganze System organisch aufbaut! Man könne ebendeshalb ebensowohl in einem Systeme von diesen leitenden Principien zu dem einzelnen Institute oder Rechtssatze herab, als umgekehrt in einer bloßen Monographie von einem einzelnen Institute oder dessen casuistischen Rechtssätzen in völlig durchsichtiger, gleich consequenter Weise zum obersten leitenden Prinzipe, zur Schule hinaufgelangen. — Damit freilich ist dann natürlich nicht schon das ganze System des praktischen Rechts in allen seinen Instituten, Principien und Rechtssätzen fertig aufgebaut, wohl aber müssen damit — bei richtiger Darstellung — die, auch für jedes einzelne andere Institut



Digitized by Google

maßgebenden obersten Grundgesetze oder Principien — der Schule — gefunden sein. Denn diese obersten Grundprincipien des Rechtsbaues müssen, wenn sie wahr sind, für jedes einzelne Institut gleichmäßig sich bewähren, maßgeben oder gelten. Und hat sich alsdann das einzelne, so dargestellte Institut auch noch praktisch bewährt, i. e. hat es dauernde Aufnahme in die Praxis gefunden, dann ist wohl das Princip der Schule auch noch durch die That erprobt. — Wir werden also jetzt schon das oberste Princip richtig gefunden haben müssen, wenn wir auch nur ein einzelnes „praktisches" Institut je insoweit correkt dargestellt haben, daß die, früher und bis dahin sich principiell widersprechenden Darstellungen von Praxis und Doktrin sich wenigstens über die Begründung dieses einen Instituts einheitlich überzeugt finden — und aus Rechtsgründen einig sein müssen; vorausgesetzt, daß sie überhaupt die allseitig anerkannten positiven Rechtsregeln beobachten wollen. — So also werden wir schon mit der wahren Darstellung auch nur eines einzelnen „praktischen" Institutes auch im Principe zu einer Einheit zwischen unserer Praxis und Theorie und zu einer „Schule" überhaupt gelangt sein! Auf diesem einfachen Wege schon werden wir, wenn wir auch nur die kleinste „Spitze" unseres Rechtsbaues erreicht haben, diesen dann allmälig vollständig unter Dach bringen können! Freilich nach einer Arbeit von Jahrzehnten und Jahrhunderten.

Diesen einfacheren Weg vom Einzelnen zur einheitlichen Spitze des ganzen praktischen Systems hat nun die bescheidene Kraft des Verfassers in der That bereits seit mehreren Jahrzehnten — dreimal — einzuschlagen versucht, soweit dies zu diesem Zwecke dienlich. Wie wir in § 5 III 2 näher ersehen werden, hat derselbe versucht, soweit die Beschränktheit der ihm als Praktiker gebotenen Mittel dies gestattete, nach den allgemein anerkannten, positiven Rechtsregeln der Rechtsquellen drei, nicht in unserer historischen Doktrin, in Savigny's System ꝛc. beachtete, weil rein in der Praxis entstandene, und gerade überdies in der Praxis am häufigsten in Uebung befindliche Rechtsinstitute, so, wie sie in der Praxis des heutigen deutschen Reichsgerichts adoptiert sind, auf ihre positiven Principien zurückzuführen: das (besonders früher, vor der gesetzlichen Einführung der Buße in Reichsstrafrecht, häufig praktisch vorkommende) Schmerzengeld; dann das im Leben geübte Besitzrecht des Detentor, für welches ja das Mittelalter selbst schon einen eignen Prozeß beibehielt, und endlich die nicht eingetragene Genossenschaft mit ihrer socialen Bedeutung für das heutige Leben. Deren Studium somit wurde von dem Verf. eigens zu dem Zwecke unternommen, um daran die Grundprincipien, die Schule unseres praktischen Rechts mit unsern allgemein anerkannten positiven Rechtsregeln und anderseits mit den Grundprincipien unserer doktrinären Schulen zu vergleichen und dann die Möglichkeit wie Nothwendigkeit einer Einheit unserer Doktrin und Praxis, kurz: die Ziele der Ziffer 1 und 2 zugleich, zu studieren. Die Darstellung des

Digitized by Google

ersten Institutes nun, des Schmerzengeldes, ward noch auf der Basis der historischen Schule unternommen; diese bewährte sich nicht; sie wurde hier von Wächter, wie in der Einleitung Ziff. 1 gezeigt, erst vollständig auf den Boden einer praktischen Schule! hinübergeführt, auf welchem sich dieselbe bewährte. Das letztere praktische Institut dagegen, welches auf dem Boden einer praktischen Schule aufgebaut, ist längst zuvor von den Germanisten, ebenso die beiden ersteren sind seitdem in ihrer praktischen Gestalt mehr und mehr, und zwar selbst auch von den Romanisten unserer Doktrin einheitlich adoptiert worden: Sie sämmtlich werden Hand in Hand mit unserer Praxis auch allmälig von unserer gesammten Doktrin adoptiert werden müssen, wenn diese überhaupt je die darzulegenden Gründe der Rechtsquellen: Gesetz, Gewohnheitsrecht und Analogien respektieren will, welche deren generelle Construktion Hand in Hand mit der Praxis zulassen und gebieten werden! Damit also wird in diesen drei einzelnen praktischen Instituten bereits eine „Einheit" zwischen Doktrin und Praxis erreicht oder doch nothwendig erscheinen: — Diese Gesetze und Principien aber, welche im Einzelnen gerechtfertigt und nothwendig sind, müssen dies auch im großen Ganzen unseres geltenden Rechts: in der Schule sein. Und so werden sich unsere Aufgaben unter Ziff. 1 und 2: das Wesen einer praktischen „Schule" und die „Einigung" unseres positiven und praktischen Rechts, wohl überhaupt erreichen lassen! —

An diese drei einzelnen Institute glaubt ebendeshalb auch der Verf. hier in diesen Studien während der Verfolgung unserer obengenannten beiden Hauptaufgaben: der Ermittelung des „Wesens" und der „Einigung" unseres praktischen Rechts mit unserer Doktrin — wie an Beispielen — aus einem doppelten Grunde fortwährend anknüpfen zu dürfen. — Zunächst, wie schon erwähnt, um sich auch auf diese Weise doch vor dem nachsichtigen Wohlwollen des geneigten Lesers selbst zu diesen jetzigen, generellen Principienstudien über eine Schule und ihren Einigungsversuchen einigermaßen zu *legitimieren*! Um damit gewissermaßen zu bekunden, wie er selbst keineswegs leichten Sinnes und unvorbereitet, gleich dem Neuling, oder wie uns etwa die Römer sagen würden: illotis manibus, diese Materie eines Principienbaues vor dem nachsichtigen Wohlwollen des Lesers traktieren möchte: wie er vielmehr in, wenigstens hingebender Weise auf Grund von opferreichen Forschungen für die nämliche Sache unseres nationalen Rechts bereits während eines Menschenalters sich dieser Aufgabe unterzogen. — Zweitens aber möchte er auf diese Weise, wie gleichfalls schon erwähnt, versuchen, die Darstellung fortwährend durch Beispiele, wie durch lebendige Bilder, *induktiv* zu illustrieren. Der geneigte Leser soll auf diese Weise durch eine ihm so ermöglichte Selbstvergleichung dieser Beispiele — aus eigner *Erfahrung* des, im Leben gegebenen und wirkenden Rechts und seiner Gesetze, statt aprioristisch — umgekehrt wie durch Selbsterfahrung und Anschauung, somit induktiv und empirisch eingeführt werden! Wenn solche Bilder einer positiven



Digitized by Google

Erfahrung uns mittels ganz einfacher, vielleicht naiv sachlicher Gründe fortwährend begleiten, dann könnte vielleicht eher zu hoffen sein, daß die, oft fallenden Tropfen und Gründe doch endlich die starre, bisherige Scheidewand zwischen Lehre und Wirklichkeit durchsickern, und: sei dies das Gehege einer Hochburg, einer Bastille von überlieferten Vorurtheilen unserer bisherigen aprioristischen Schulen! — Dies also der, von uns einzuschlagende induktive Weg zu unseren Zielen: so ungewohnt auch auf einen ersten Blick, nach mehr als tausendjähriger Entwöhnung, die Rückkehr nicht zu den Formeln, wohl aber zu dem Geiste und Wesen der Vorbilder unserer klassischen römischen Jurisprudenz: zu einem Schöpfen unseres Rechts unmittelbar aus dem positiven „Leben" des Rechts und den Rechtsquellen, und so verkannt diese materielle Seite einer praktischen Rechtswissenschaft z. Zeit auch noch sein mag, welche doch die klassischen Römer selbst in ihrer Verbindung von Theorie und Praxis in so klassischer Weise längst geübt haben! Wir werden uns so in der That bei der Ausführung fragen müssen: wie müßte ein wissenschaftliches Programm einer römischen und heutigen Praxis lauten, welche gewillt ist, ihre concludente Rechtsdarstellung unmittelbar aus dem, im Leben positiv erquellenden Rechte zu schöpfen? Denn, wie gesagt, ohne die Grundgesetze einer solch' positiven Praxis wissenschaftlich zu kennen, werden wir gewiß nie unserem Thema gemäß (§ 1 Ziff. 1 u. 2) ein lebendes und praktisches Recht und seine Principien mit den Principien unserer beiden übrigen bisherigen theoretischen Schulen klarbewußt vergleichen, werden wir nie unsere dreifach verschiedene heutige Rechtsdarstellung in Doktrin und Praxis einigen und so niemals dem nationalen Rechtsleben voll nützen können!

„Principien oder eine Schule eines praktischen Rechts und deren Einigung mit den Principien unserer wechselnden Doktrinen unseres heutigen Civilrechts", das sind daher hier wieder die Losungsworte der folgenden Untersuchungen! — Bei jeder dieser uns bisher ungewohnten Grundaufgaben des § 1 Ziffer 1 und 2 werden wir ebendeshalb vielleicht noch jetzt einen Augenblick abstrakt verweilen müssen, um schon im vorneherein wenigstens diese „abstrakte" Nothwendigkeit beider klar erfassen und bewahren zu können, bevor wir zur concreten, praktisch faßlicheren Ausführung der Grundprincipien unseres heutigen positiven Civilrechts weiter schreiten können. Denn wir werden mit diesen Aufgaben so vertraut werden müssen, daß wir uns von deren Nothwendigkeit auch künftighin vielleicht nicht mehr trennen mögen!

7. Abstrakter Werth von Principien und einer Schule des praktischen Rechts. Academische Rechtsdarstellungen des positiven Rechts? In der Praxis Fallmeisterei? oder: Principien?

Eine Frage der Ueberlegung könnte sein: Eignet sich die Darstellung eines geltenden, vor den „Gerichten" anzuwendenden Rechts, von welchem Rechte und Pflichten, Wohl und Wehe unseres Volkes

Digitized by Google

bedingt ist (§ 4 Vorbemerkung und lit. A), überhaupt zugleich zu einer academischen Darstellung unserer Universitäten? Doch daß die Belehrung der juristischen Jugend einer besonderen Berufs-Doktrin unserer Universitäten überlassen wird, ist eine Einrichtung unserer Zeit, eine Thatsache, über deren Berechtigung wir uns hier nicht verbreiten wollen. Es hat allerdings im klassischen Rom eine Zeit gegeben, in welcher es nicht so war. Es hat Zeiten gegeben, in welchen sie von Nutzen, Zeiten, in welchen sie schadenbringend war: letzteres, sobald die bewußt oder unbewußt angewendete Schule eine aprioristische, äußerlich mit Phrasen glänzende, nicht praktische war; eine Zeit, welche nicht begriff, wie auch das positive, geschichtliche Recht real „lebt" und sich mit dem Leben bewegt! — Hier handelt es sich uns aber nur um die engere Frage: Darf die Darstellung des positiven, unmittelbar anzuwendenden Rechts der Gerichte, ihrer Pandekten ꝛc. eine blos academische sein, so daß es einer Doktrin überlassen bleibt, auch aus beliebigen „aprioristisch" glänzenden Utopien, unbekümmert um Leben und Praxis, ein Recht schriftstellerisch irreführend als geltendes darzustellen, so zwar, daß auch irreführendes falsches Recht auf die Gerichte dereinst Einfluß gewinnen und den Rechtssuchenden ihr wohlerworbenes wahres Recht entziehen oder doch sie fortwährend stören darf, ohne daß die Praxis reagiert? Um dies Eine erreichen zu können, wird wohl die Staatsaufsicht unserer Universitäten neben unserer Praxis eine Schule des Lebens: eine praktische Schule sogar fordern müssen. Der Staat schon wird dafür sorgen müssen, daß seine öffentlich autorisierte Lehre des geltenden Rechts in Pandekten ꝛc. nicht blos eine aprioristische, sondern eine empirische, welche mit den Gesetzen des positiven Lebens Hand in Hand geht, daß die Schule keine pragmatisch falsche sei! Wie der Staat nicht dulden dürfte, daß eine Religion falsche, das Volk irreführende Moral unter das Volk bringt, ebenso wird er auch sorgen müssen, daß die Schule des Rechts die gegebene Ordnung nicht verkehre! Das gebietet ein öffentliches Interesse!

Unsere Zeit bedarf einer besseren Schule des Rechts aber auch schon vor allem für unsere Praxis selbst! Auch die Praxis muß endlich ihre Principien kennen lernen: schon aus praktischen Gründen! Das praktische Princip ist ja eine „Emancipation" unserer Praxis sowohl aus einer geistigen Inferiorität, wie eine Emancipation unserer Doktrin selbst von Irrthümern und von kritikloser Schädigung der Wirklichkeit! — Die reale Nothwendigkeit dieser Principien unseres lebenden und praktischen Rechts, deren unmittelbaren praktischen Werth nun für das Leben, werden wir gleichfalls, aber erst unten § 4, verfolgen müssen. Hier vorläufig nur über deren abstrakten Werth! — Das Eine geben wir schon hier unserer Praxis wiederholt und angelegentlichst zu beherzigen: Für die Oeffentlichkeit, für ihren öffentlichen Beruf genügt es, jetzt und solange conträre Schulen nun einmal bestehen, nicht länger mehr, wie bisher geschehen, wahre Principien nur

Digitized by Google

heimlich oder unbewußt, stillschweigend und concludent zu üben. Ihr Pflicht gebietet, diese Grundprincipien auch öffentlich zu vertreten und zu rechtfertigen, damit auch öffentlich zu überzeugen und so allseitig, sich wie andern, zu nützen! Denn, — findet eine solche öffentliche Vertretung ihres Principes nicht statt, — dann kann eben möglicherweise ein falsches Princip, nicht das wahre, wenn auch nur die Oeffentlichkeit der Litteratur beherrschen, und das Leben, wie bisher, trotzdem schwer schädigen, die Träger des wahren Rechts aber gerade deshalb zu Märtyrern machen, weil sie gutes schaffen! Wir haben das erstere ja in den bisherigen extrem aprioristischen Schulen unserer Doktrinen ersehen. Diese besaßen von jeher ein, jedermann zugängliches Schulprogramm mit eben jenen klaren Principien, wie solche unsere Praxis nicht auch klar bewußt kennt. Nicht unser, noch so wahres, lebendes und selbst thatsächlich geltendes Recht, sondern diese aprioristischen Doktrinen beherrschten aber gerade deshalb seit dem Mittelalter Litteratur wie Oeffentlichkeit, zum eigenen materiellen Schaden dieser unserer Doktrin wie unserer Praxis und des Lebens bis heutzutage. — Es ist dies natürlich! Principien irgend einer Schule sind öffentlich niederzulegende, leitende wie beweisende „Gründe". Diese allein überzeugen. Die bisher allein öffentlich dargelegten Gründe unserer wechselnden Doktrinen mußten ebendeshalb unsere öffentliche Meinung, Lehre wie Litteratur, bisher auch allein, einseitig und falsch überzeugen können; schon weil diese niemals die gewichtigen Gegengründe der Erfahrung und Praxis zu hören bekamen! So obsiegten in der That bisher stets widerstandslos vor der Oeffentlichkeit und Litteratur außerhalb der Praxis allein, trotz ihrer möglichen Fehler, diese aprioristisch-doktrinären schadenbringenden Schulen: nicht wegen ihrer Berechtigung, sondern wegen Mangels an Aufklärung der Oeffentlichkeit! Warum nun soll unser praktisches Recht nicht seine besseren, pragmatisch positiven Grundgesetze oder Principien einer gegebenen Wirklichkeit im Interesse der Sache endlich gleichfalls öffentlich darlegen und sich und der Oeffentlichkeit nützen? Handelt es sich ja doch um die eigene Ehrenrettung, wie um das Gedeihen der Rechtswissenschaft und um öffentliches Interesse! Welche Kämpfe, welche Demüthigungen, welche Stürme Prospero's und Ariel's überdies wären doch unserer Praxis und Doktrin — beiden! — erspart, welche Schädigungen vom Rechtsleben abgewendet worden, wenn beide an der Hand der erfahrungsgemäß gegebenen Wirklichkeiten ihr rechtliches Gewissen öffentlich erforscht, beziehungsweise dies gestattet hätten? Sollte denn hier allein nicht ein empirisches principiis obsta am Platze sein?

Eine Zeit lang allerdings — das müssen wir zugeben — war ja, wie wir in § 3 näher sehen werden, unsere Praxis in Folge der, schon erwähnten Panik der Geister, in der, von Revolutionen umwogten Zeit seit Ende des 18. Jahrhunderts, zum Schweigen geradezu gezwungen. Wohl mag praktisch damals und insolange „Schweigen Gold" gewesen sein, als unsere Praxis vor allem durch die, Staat

Digitized by Google

wie Rechtsordnung gefährdenden Erfolge der extremen Naturrechtsschulen selbst überrascht und rathlos dastand; insolange sie damals der fanatischen Reaktion des gleich schädlichen, zweiten Extrems: eines Rechts einer, das Leben zum Theil ertödtenden „Vergangenheit" der historischen Schule, selbst noch nicht klarbewußte Gründe einer Erfahrung gegenüberzustellen wußte. Was allerdings hätten auch damals noch „Gründe" gefruchtet, so lange allgemeine Panik und der Fanatismus einer übermächtigen, von außen wie politisch geförderten Reaktion Gründe nun einmal nicht hören wollte; und um eines äußeren Zweckes willen (§ 1 Ziff. 4 II) alles vor sich niederzuwerfen drohte, solange nicht auch ihre Ziele durch die Wucht von Thatsachen belehrt — und entlarvt — waren! (§ 3.) Insolange allerdings mag Schweigen Gold und mag es für unsere Praxis und Wirklichkeit gerathen gewesen sein, sich in das Asyl ihrer Rechtsprechung wie ihres concludenten Handelns, seit J. A. Seufferts Archiv in den Schmollwinkel ihrer, von der historischen Lehre abweichenden Präjudizienſammlungen zurückzuziehen; wie erwähnt ähnlich passiv und abweichend gegenüber den beiden doktrinären Extremen, wie etwa dereinst abwehrend ein Schiller gegenüber den Kämpfen der Confessionen: „Keiner von allen, aus Religion": So ähnlich durfte auch unser Rechtsleben und unsere Praxis von damals keiner der bisherigen Rechtsschulen folgen, „aus Rechtsgründen"! — — Aber ist diese Lage ewig eine empfehlenswerthe? Dies hätte bei Unabhängigen sich wenigstens schon in dem Momente mehr und mehr ändern sollen, in welchem das obsiegende Extrem des alten Rechts, die ältere historische Schule, begann, bald versteckt, bald offen sich auch gegen die Berechtigung der gegebenen, thatsächlichen wie rechtlichen Wirklichkeiten zu wenden und letztere vor der Oeffentlichkeit als Willkür zu brandmarken (§ 3, § 5), als ferner zugleich die schadenstiftenden Unmöglichkeiten eines Rechts einer stagnierenden „Vergangenheit" in den Erfahrungen der Staats- wie Rechtsordnung selbst mehr und mehr zu Tage traten! Manche Professoren freilich wie Richter konnten zuvor noch vergewaltigt werden, und werden noch jetzt gemaßregelt: aber Unabhängigere hätten reden sollen! Diesen mußte mehr und mehr der eigene Leumund der Praxis und Theorie, mußte Richterehre und Richterpflicht wie Ehre der Wissenschaft, mußte das öffentliche Gewissen und Wohl eine Darlegung der gegebenen, zwingenden, streng positiven Rechtsgründe eines lebenden Rechts ein Sprechen auflegen! Selbst wir praktischen Civilisten stehen ja doch und handeln — als Richter schon — vor einer Oeffentlichkeit: nicht als bloße Privatpersonen, welche einen privaten Sport betreiben: und wir sind so ja doch auch dieser Oeffentlichkeit — ganz ebenso, wie unserem eigenen Gewissen — Rechenschaft schuldig! Bloße Phrasen werden es heutzutage auf beiden Seiten der Theorie und Praxis zu einer Rechtfertigung wohl, wie gesagt, nimmermehr thun und ausreichen: Weder die Phrase unserer Praxis allein wird künftighin bei Einsichtigen Eindruck machen können: diese oder jene Entscheidung ist

Digitized by Google

eben „praktisch", oder für sie spricht ein „Präjudiz"; denn, wie gesagt, unsere „Praxis" als solche ist ebensowenig schon Rechtsquelle, als eine „Doktrin" ohne Gründe, und namentlich eine unbewußte Praxis kann irren! Noch auch die Phrase unserer doktrinären Gegner: Dies Recht ist „vernünftig", oder „historisch", oder „geschmackvoll", oder: ein anderes „kann auf Beachtung keinen Anspruch machen". Denn auch um Vernunft des Menschen, Geschichte, Geschmack, Beachtung ꝛc. ist es ein gar eigenartig Ding. Auch dies kann ebenso wechselnd und weit mehr noch individuell-aprioristisch, Wachs und unwahre Willkür sein, wie die bloße Routine einer Praxis!

Zudem: nöthigt denn uns Praktiker nicht jetzt auch ein hervorragender Theil unserer neuesten Doktrin selbst geradezu umgekehrt, unser bisheriges Schweigen zu brechen? Auch dieser Theil zwar schließt uns Praktiker als solche (d. i. diejenigen, welche sagen: das praktische Recht, nicht die Abweichungen der historischen Schule von diesem, ist principiell das positiv berechtigte), wie dereinst Savigny, noch immer vernehmlich von ihrer eignen, rein theoretischen Litteratur aus; aber doch nicht mehr, wie die ältere historische Schule, von einer Litteratur überhaupt! Im Gegentheil! Während nämlich die ältere historische Schule geradezu fanatisch unsere Praxis und Wirklichkeit im Interesse der Erhaltung ihrer vermeintlichen Rechtsordnung geradezu mundtodt zu machen suchte, indem sie alle rein wissenschaftliche Litteratur an sich zog und darin der Praxis als solcher ausdrücklich noch den Mund verschloß (§ 3), beginnt unsere neueste Doktrin jetzt bereits gerade umgekehrt uns Praktikern das Schweigen zu verargen und uns zum Selbstdenken wie Selbstäußern geradezu herauszufordern! Erinnern wir uns doch beispielsweise nur an so manches Treffende, was seitdem Ihering — in seinem Scherz und Ernst seit 1885, ja noch früher in der Gerichtszeitung seit 1861 und dann wieder seit 1872, in seinem Kampf ums Recht — sagt (beispielsweise in dessen 5. Aufl. S. 82): Dem gelehrten römischen Rechte „gegenüber eine „Praxis" ohne die nöthige Kraft der „vollen" geistigen Beherrschung des Stoffes und daher zur dauernden Abhängigkeit von der Theorie, d. h. zur Unmündigkeit verdammt!" — „Kann es uns Wunder nehmen, daß zwischen dem nationalen Rechtsgefühl und einem solchen Rechte ein klaffender Zwiespalt bestand, daß das Volk sein Recht und das Recht das Volk nicht verstand?" ꝛc. — — Freilich ist ja an dieser infantia unserer Praxis ein anderer Theil der historischen Schule selbst mitschuldig; weil dieser eben das praktische Recht und seine Gründe von der wissenschaftlichen Litteratur ausschloß und ihr Denken fanatisch als staatsgefährlich verhinderte! Was nun aber ist im Rechte eine solche geistige „Beherrschung des Rechtsstoffes", welcher unserer Praxis nach Ihering fehlen soll? Was ist dies anders; als der Mangel einer Kenntnis der, sie beherrschenden, leitenden und, zu anderer Rechtsdarstellung als unsere bisher herrschende Theorie zwingenden: „Principien"?

Digitized by Google

Nicht blos derjenigen Principien also, welche die Casuistik des einzelnen Rechtsinstituts leiten, sondern auch des Grundprincipes ihres andern Systems, ihrer Richtung und Schule! Gewiß ist dies Beherrschen noch nicht schon die Kenntnis: einer bloßen „Casuistik" allein ohne jedes Princip, des bloßen „Rechtsfalles" und der Fallmeisterei, bei welcher das, den Fall entscheidende, ja veranlassende Princip vorsichtig umgangen, pfiffig verdeckt und furchtsam unterschlagen wird! — Sollten wir Praktiker deshalb — selbst nach einer solch' direkten Aufforderung unserer jetzigen, schon vielfach anders, als die ältere historische, gearteten Doktrin — noch immer zögern wollen, gleich dem Unmündigen Iherings, gleich den infantes, »qui fari non possunt«, gleich dem, zur Abhängigkeit geborenen geistigen Sklaven, uns zum eignen geistigen Ueberblicken unseres Thuns und zum leitenden Grundgesetze unseres eignen Rechts emporzuraffen? Bedarf es da nicht eines Weckrufes in Ernst und Scherz mit nervoser Rede? Sollten wir Praktiker da noch immer andere Denker für uns principiell denken lassen wollen, welche die, uns zwingenden Verhältnisse nicht kennen, ohne uns der Grundgesetze unseres eigenen, andern Handelns vor unserem eignen Gewissen wie vor der Oeffentlichkeit bewußt zu werden? Welche Schmach! Diese ganze immense Praxis, dieser Coloß und Riesenapparat unserer Jurisprudenz sollte bis jetzt noch nicht fähig sein, sich, seine Rechtsfindung, seine öffentliche Pflichterfüllung vor der Oeffentlichkeit selbst zu rechtfertigen, und sie zu begründen?! Müssen wir da nicht versuchen, endlich auch unser schlummerndes praktisches Lager zu alarmieren: im Interesse der Praxis wie der Doktrin unseres nationalen Rechts? — Da ist es ja, wie schon oben erwähnt (Ziff. 2), praktisch sogar gewiß nothwendig, daß wir Praktiker mit der Begründung der Grundprincipien unserer Abweichungen von unseren doktrinären Schulen vorangehen. Wir sind hiezu zunächst verpflichtet, weil diese von uns angewendeten Grundgesetze vielfältig nur versteckt, stillschweigend und concludent geübt werden (§ 5—7), und weil deshalb wir Praktiker so allein näher schildern können, wie wir handeln! Wir müssen dies auch thun, damit unsere, uns bekämpfende historische Doktrin unsere guten Gründe zu achten, damit auch diese uns fernerhin nicht mehr in unsern Zirkeln zu stören vermag, damit auch diese sich endlich überzeugt, daß wir hiermit, wie dem Leben, so auch einem wirklich positiven Rechtswissen und damit einem gemeinsamen Ziele dienen!!

Endlich — stehen wir deutschen Praktiker nicht auch mit dieser Verachtung jedes Princips längst hinter aller Jurisprudenz des Auslandes, vor allem gegenüber den Praktikern des antiken Rom, den Prätoren ꝛc. zurück? Wir erinnern an deren praktische Kämpfe zwischen einem jus civile, gentium und naturale. Und ebenso stehen wir gegenüber der Praxis selbst eines Auslandes der späteren Zeit zurück. Obgleich doch diesem Auslande zur Zeit, wegen der Einheit seiner Doktrin und Praxis, nicht mehr die Pflicht ebenso drängend obliegt, abweichende

Digitized by Google

Principien ihrer Praxis zu begründen, als uns. Denn bei ihnen geht jetzt ja Theorie und Praxis längst Hand in Hand! — So ganz unterwerthig, wie unsere bisherige deutsche Praxis nämlich hat überhaupt bisher (auch abgesehen, wie gesagt, von unserer Doktrin, welche ja so mächtige Kämpfe um ihre Principien oder Schule gekämpft), kaum je irgend eine Jurisprudenz ihre Grundprincipien erachtet. Weit mehr als unsere heimische Praxis mußte sich beispielsweise längst die frühere auswärtige Praxis unserer Vettern in England und Nordamerika um das, ihre Rechtsprechung leitende Grundprincip gekümmert haben: Schufen denn deren Gerichtsorganisationen nicht bekanntlich dereinst sogar besondere Gerichtshöfe für verschiedene, theoretische Anschauungen des praktischen Rechts: einen court of common law und einen court of equity? Deren Entstehung aus einer englischen Kanzlergerichtsbarkeit wenigstens muß doch wohl einmal, wenn sich dies auch im Laufe der Zeit ausgleicht, ein ähnlicher Gegensatz von einem veralteten Rechte einer gegebenen historischen Ueberlieferung der „Vergangenheit" und einem Rechte einer lebenden, geistig zu erkennenden und zu „schaffenden" Billigkeit, welche Naturrecht neben der Beachtung einer lebenden Geschichte forderte, zu Grunde gelegen sein: ein ähnlicher Gegensatz somit, wie derjenige, welcher zum Theil ein römisches strictum jus und die natura des jus praetorium, welcher innerhalb unserer Doktrin die verschiedene: „geschichtliche wie Naturrechtsschule", zum Theil neuerdings die Construktion Ihering's ꝛc. und die lebende Geschichte des praktischen Rechts schuf! Noch weit mehr also hat unsere, von diesen beiden einseitigen Extremen schon vielfach und noch jetzt theoretisch bekämpfte Praxis Veranlassung, sich endlich einmal auch um ihr leitendes Princip zu kümmern, weil sie doch in ihrem innersten Heiligthume bekämpft ist! — — Deshalb ist wohl jetzt endlich unsere ausübende Praxis mit aller Macht aus diesem, ihrem unwürdigen, principlosen, somnolenten Dasein aufzurütteln! Deshalb sind aber wohl auch die Juristen unserer Doktrin, welche jetzt bereits thatsächlich selbst wieder einer praktischeren Richtung zueilen und ein Präjudiz adoptieren, zu veranlassen, mit der Praxis gleichfalls diese, auch von ihnen wenigstens thatsächlich geübten, praktischen Principien zu erforschen! Unsere Praxis vor allem aber muß umsomehr endlich überhaupt ihre Principien kennen lernen, wie jede andere, nach bewußten Gründen handelnde Theorie, weil ja auch sie ein besonderes praktisches Recht für sich darstellen will und muß und damit selbst Theorie ist (§ 4 D III). Wir Praktiker müssen so endlich wissen, wann und warum wir in unserem besonderen praktischen Recht: bald vom überlieferten Rechte der „historischen" Doktrin, bald vom Vernunftrechte des „Naturrechts" abzuweichen uns gezwungen sehen! —

Man sagt deshalb wohl im Allgemeinen mit unzweifelhaftem Grunde: eine solche Theorie oder Wissenschaft und damit wissenschaftliche, leitende wie rechtfertigende Principien, sind das, für jedes Handeln nothwendige „Gewissen". Solche Principien erst ermöglichen

Digitized by Google

es uns ja, uns selbst Rechenschaft zu geben; sie ermöglichen erst ein, sich Bewußtwerden wie eine Selbstkritik des eigenen Handelns! Dies nun ist unzweifelhaft auch bei unserem praktischen Rechte moralisch nicht zu entbehren! — Hassenswerth für dieses wie für jedes andere Wissen und eine bloße Principienreiterei vielleicht wäre nur eine aprioristische oder deduktive Doktrin um ihrer selbst willen, eine Doktrin, welche selbst die, nun einmal thatsächlich im Leben gegebenen, mit uns geborenen, unwillkürlich wirkenden Grundgesetze unseres Rechts, Gesetze, welche allein unseren, schon bisher wirklich angewendeten Rechtsregeln entsprechen, schon deshalb nicht beachten wollte, weil dieselben bisher der „aprioristische oder deduktiv gelehrte Professor" zufolge a priori selbsterfundener Principien noch nicht theoretisch zuvor erfaßt und lehrt; jene frühere Doktrin, welche selbst reale unwillkürliche, geschichtliche und concludent geübte Erscheinungen der Gegenwart mittels ihres Menschenwitzes bemängeln zu können vermeinte, weil sie eben schon Deduktionen aus ihren eigenen, erfundenen menschlichen Auffassungen einer Vernunft: einer Geschichte der Vergangenheit, den Vorrang selbst vor diesen geschichtlich gegebenen oder positiven Thatsachen der Erfahrung der Gegenwart einräumten. — Bei weitem besser allerdings alsdann in einem solchen Falle ist ohne Zweifel: — mit Bismarck nach dessen Aeußerung, — kein Princip und selbst bloßes angeborenes unbewußtes Gefühl — dazu gehört ja auch angeborener praktischer Takt und selbst Glauben — als ein solches blos subjektiv erfundenes, ein solches blos aprioristisches oder deduktives Princip! Denn dieses kann durch seinen täuschenden Schein uns auch noch in den Wahn und „guten Glauben" versetzen wollen, als ob wir mittels dieses selbsterfundenen, unzuverlässigen und zum Theil falschen Principes überdies berechtigt oder vollends verpflichtet seien, unter Umständen sinnloses Unrecht und Schaden zuzufügen!! Aus diesem Grunde allein hat ja wohl mit Recht auch jener Engländer (Disraeli) von Bismarck gesagt, daß ihm das Verdienst gebühre, Deutschland von den Professoren, richtiger also von den aprioristischen Doktrinären, befreit zu haben! Denn mit einer empirischen Wissenschaft kann ja auch der Professor unserem Rechte hohe Dienste leisten! Wir verweisen auf unsere Naturwissenschaften, auf unsere Medicin ꝛc. — So hassenswerth also für unsere Praxis und jede, das gegebene Leben geleitende Wissenschaft eine solch' subjektiv doktrinäre, aprioristische Anschauung der Dinge, so nothwendig ist doch jetzt wohl für uns — bei den concret gegebenen Verhältnissen — selbst für uns Praktiker, umgekehrt eine sachliche, empirische und induktive Theorie: ein Verständnis der realen geschichtlichen Gesetze des wirklichen heutig positiven Lebens, welche unser praktisches Civilrecht unwillkürlich leiten, welche eben deshalb die § 5—7 wohl zum ersten Male offen zu vermitteln versuchen. Namentlich in unserem Civilrecht bedürfen wir ein solches Gewissen unseres praktischen Thuns jetzt zu einem negativen Zwecke: Nicht etwa um wieder eine neue,

Digitized by Google

subjektiv-aprioristische Theorie oder Schule zu schaffen: Gott bewahre uns! Sondern gerade im Gegentheil; um umgekehrt schon negativ solch' mögliche, blos aprioristische oder deduktiv-doktrinäre Ausschreitungen durch eine bessere, objectiv inducierende Empirie der geschichtlich gegebenen realen Wirklichkeit unseres Rechts endlich zurückzudämmen und zu beseitigen!

Und wer vermöchte doch, abgesehen von diesem negativen Grunde, bei einem solchen, bisher noch niemals systematisch und theoretisch erforschten Gebiete, wie unserem praktischen Rechte, ohne Nachtheile auf eine berechtigte positive „Theorie", auf eine klarbewußte Richtung, auf leitende Ideen einer „Schule" zu verzichten, welche einer Erfahrung entnommen sind? Nicht als ob Ideen einer Theorie deshalb allein ausreichen sollten! Allerdings traten bei jedem großen Werke stets zwei Faktoren auf. Einmal die schaffende schöpferische Idee; sie schlummert nicht selten naiv im Volke, im Liede ꝛc. wie in seinen edelsten Geistern; z. B. die Einheit unseres Vaterlandes und Rechtes. Zur geschichtlichen Ausführung aber ist sie nicht selten unfähig. Dazu braucht sie dann noch ein zweites, den erfahrenen, routinierten Praktiker; ihren Bismarck und Suarez ꝛc. Dieser umgekehrt weiß vielleicht gar nicht, daß ihn Ideen treiben und fördern. Er hält sein Ausführen nahezu für das allein Schöpferische. Aber nichtsdestoweniger ist die Idee das, zum Theil Grundlegende und jedes von beiden neben dem andern berechtigt! — Zeigt uns denn da aber nicht vor allem das Wort schon: Richtung oder Schule den hohen Werth und die absolute Nothwendigkeit einer solchen Theorie eines solchen Wissens an sich, welches uns abhält, uns auf einem derartigen ungeklärten Gebiete vom rechten Wege abzuirren! Wie, wenn wir ohne solche klarbewußte, der Erfahrung entnommene „Richtung" und Schulung auch nur ein, zuvor noch nicht genügend gekanntes räumliches Gebiet durchforschen, beispielsweise das dunkle Afrika durchqueren wollten: Werden wir denn da blind und völlig unvorbereitet, gleich einer Heerde, ohne jede Leitung und Schulbildung, in den dunklen Welttheil hineinstürmen wollen, um dort zu handeln oder richtiger im Dunklen herumzutasten? Werden wir uns nicht selbst auch da schon, eben zur vorherigen theoretischen Feststellung einer verlässigen „Richtung", vorerst jenes Schulwissens, eines Compasses, der Gradmessungen, eines führenden Planes, einer bisher vorhandenen Karte versichern? Werden wir nicht auch da die, schon bisher gewonnenen Schulerfahrungen sammeln und nützen, welche uns so beiläufig, soweit bisher bekannt, besagen, ob wir flüssige Gebiete, Meere, Seen, Sümpfe, Flüsse, oder ob wir feste Gebiete: Gebirge, Gletscher, Wüsten zu durchqueren haben, um danach die Art oder Methode unserer Fortbewegung kennen zu lernen? Wahre Wissenschaft selbst ist Erfahrung! Sie nützt schon im Raume! Auf solche unbekannte räumliche Gebiete aber wagen wir uns nicht, ohne eine principielle theoretische Richtung: wohl aber auf ein noch weit unsichereres, geistiges Gebiet: eines

Digitized by Google

Rechtes? — Gibt es nicht auch da flüssige und feste Gebiete (§ 6 II B c) wie Erfahrungen und Resultate induktiver Erfahrung, welche seit Baco eine Wissenschaft und Schulung ermöglichen? Haben denn nicht auch hier schon falsche Fährten genug des Uebels und Elendes gestiftet? Wer vermöchte die immense Macht einer leitenden Idee überhaupt gerade da, wie auf irgend einem andern solchen geistigen Gebiete, zu verkennen? Wie solche Ideen, die doch so ganz unscheinbar und unbeachtet, anfänglich — sogar regelmäßig vielleicht — mißachtet oder verlacht und selbst grundlos verfolgt, endlich, mit der nöthigen Organisation ausgestattet, die Allgemeinheit fördern und selbst eine Welt für sich zu erobern vermögen! Betrachten wir doch nur die höchste und sprödeste aller, uns leitenden geistigen Ideen: unsere Religionen! Ist es denn da wirklich so ganz gleichgültig, ob und welcher uns leitenden Gottesidee wir huldigen: ob der einer heidnischen „Vergangenheit" oder der einer christlichen lebenden „Gegenwart"? Sahen wir nicht eben da schon die einfache, vollendetere Idee eines Gottesgedankens: das schlichte, wenig gelehrte, ja unter Gelehrten vielleicht nicht einmal immer so ganz „cotierte" Princip der Liebe, die Oberhand gewinnen und die starrsten aller Autoritäten: alte Götzen und Altäre, alte Tempel, alte Priesterherrschaften zerschmettern und stürzen? Sahen wir nicht auch schon ähnlich auf manchem Rechtsgebiete — innerhalb des öffentlichen beispielsweise, von den ältesten Zeiten, von Griechen und Römern herab bis auf uns — die Völker, um eines Rechts willen, durch Ideen eines Rechts, einer Freiheit, eines Vaterlandes, einer Heimath, neuerdings einer Nationalität angefacht, öffentliche Einrichtungen treffen, Schlachten schlagen, von Marathon und Salamis ꝛc. bis auf die Neuzeit in Frankreich, Italien ꝛc. über übermächtige Heeresmassen Siege erringen, sehen wir solche Ideen nicht selbst vor unseren eigenen Augen wieder neue Staaten begründen, welche ohne solche belebende Idee, durch rohe, ideenlose Gewalt eines Kriegers oder Herrschers nimmermehr zusammenzufügen gewesen wären; so neuerdings selbst: Deutschland, Italien! — Damit haben wir doch wohl die Macht, sagen wir die Wucht einer leitenden Idee des Rechts auf geistigem Gebiete und selbst innerhalb eines öffentlichen Rechts kennen gelernt! Haben umgekehrt falsche Staatsrechtsideen nicht Revolutionen gezeugt? Hat sich dieselbe Macht der Idee nicht auch schon an unserem Civilrechte erprobt, ja an unserer Civilrechtspraxis selbst? Hat sich diese Macht eines leitenden Principes und die Folge einer Vernachlässigung eines solchen nicht eben auch an unserer Praxis bereits insoferne, wie gesagt, erschreckend geoffenbart, als bisher, zum Theil in unserer Litteratur und Oeffentlichkeit wenigstens, selbst falsche Extreme einer leitenden Idee über die Wahrheiten unserer lebenden Wirklichkeiten, über unser lebendes praktisches Recht selbst triumphierend den Sieg davon getragen, und daß Extreme, zwar nicht das Leben und die Praxis, so doch die Oeffentlichkeit der Litteratur beherrschten, wie z. B. das gewiß zum Theil allgemein als

Digitized by Google

falsch erkannte unbedingte Naturrecht ꝛc.? Ja, daß sie noch immer mehr zu schädigen drohen: im Socialismus, durch Anarchie (§ 1 Ziff. 5 I)! Will also unser praktisches Recht nach solchen Erfahrungen noch immer bei ihrer Verachtung eines jeden „Grundprincipes", einer jeden leitenden und rechtfertigenden Idee oder „Theorie" verharren, noch immer zögern, die Hände in die eigenen Wundmale zu legen? Sollte deshalb nicht selbst ein Alarmruf am Platze sein?

Auch unsere deutsche Praxis wie jede andere Jurisprudenz vor allem bedarf daher aus zwei Gründen und zur Vermeidung doppelter Nachtheile einer Kenntnis ihrer thatsächlich geübten Principien:

Einmal nach innen! Ohne Princip sind für uns Praktiker selbst schon fortwährende Schwankungen, — ist, um eines bei uns Juristen jetzt mit Vorliebe angewendeten Ausdruckes sich zu bedienen: ein blindes Herumtappen auch unserer Praxis im casuistischen Einzelnen oder Präjudiz, wie in einem Nebel, ohne Leitung und Halt, — etwa in dreifacher Weise denkbar und unvermeidlich. Theils kann alsdann das Präjudiz unserer Praxis im Einzelnen wenigstens von deren eigenen, sonst concludent geübten, praktischen Principien willkürlich abweichen. Theils kann ferner unsere Praxis zwischen diesen ihren eigenen concludent geübten praktischen Principien und den Principien einer unpraktischen Doktrin: überhaupt zwischen dem Präjudiz und irgend einem doktrinären Lehrbuche einer älteren historischen oder Naturrechtsschule haltlos hin- und herschwanken. Theils endlich kann die Praxis, speciell unterjocht, vollends ein ausschließlicher Spielball bestimmter wechselnder Doktrinen werden: bald eines, sie ausschließlich beschlagnahmenden und irreführenden Naturrechts, bald einer vergangenen Geschichte! So bedarf unsere Praxis dringend endlich an sich schon selbstständiger Principien, um richtig zu urtheilen und das Rechtfinden anderer richtig zu beurtheilen!

Zweitens wird aber unsere Jurisprudenz überhaupt, und vor allem auch unsere Praxis, wie gesagt, nach außen positiver Principien bedürfen! Nach außen: infolge der, hier gleichfalls bereits berührten, in unserem deutschen Vaterlande allein noch immer gegebenen, so ganz abnormen und beklagenswerthen, dreifach verschiedenen Rechtsdarstellung! Besteht nämlich, um mit Savigny selbst (Vorrede zu dessen System I, S. XXV) zu sprechen, in der That als Hauptübel unseres Rechtszustandes eine „Trennung unserer Theorie und Praxis" — und wir werden ja in § 2 und 3 ꝛc. für deren Fortdauer noch jetzt selbst greifbare Beweise bieten müssen — dann wird dieser Zustand der Trennung wohl für ein besseres Streben kein dauernder sein dürfen! Es wird für die Dauer doch wohl unmöglich angehen, daß für dieselbe Rechtsfrage hier der Professor auf unseren Universitäten ein ganz anderes Recht docirt, dort aber der Civilrichter in der Praxis wieder nach einem ganz anderen Rechte fallmeistert, ohne daß sich beide in ihren Ideen desselben Rechts verstehen, und ohne, daß sich der eine principiell um den anderen

Digitized by Google

kümmert: ohne zu wissen, warum dies als „Recht" geschieht, und wie dies auch nur möglich sein sollte! Wegen dieser Spaltung also schon wird sich künftighin jede bessere Jurisprudenz, schon zur Rettung ihrer eigenen Berufsehre wie im Interesse der Sache, vor der Oeffentlichkeit endlich auf die Principienfrage hingewiesen sehen müssen: Huldigen wir einem Naturrechte, oder dem „Rechte der gesammten Vergangenheit" der historischen Schule in Savigny's System ꝛc. oder einer praktischen Schule in den Entscheidungen des Reichsgerichts oder in Seufferts Archiv ꝛc.; auf die Frage: Für welches dieser beiden leitenden Principien spricht der entscheidende Rechtsgrund? Diese Principienfrage wird für eine verlässige Rechtsfindung möglicherweise in fast jeder Rechtsfrage als eine, für Doktrin und Praxis präjudizielle, Vorfrage auftreten. Ohne diese, vor allem entscheidende Vorfrage vorzubescheiden, wird heutzutage ebendeshalb in Deutschland kein Theoretiker mehr ein verlässiges Lehrbuch schreiben, und unter Umständen da, wo praktische Gegensätze zwischen Doktrin und Praxis vorliegen (§ 2 I 2), kein Praktiker verlässig mehr ein praktisches Urtheil fällen können! Denn drei solche Rechte, welche sich in derselben Rechtsfrage diametral widersprechen können, welche sich alsdann in jeder Rechtsfrage gegenseitig aufheben, zerstören und ausschließen, werden fernerhin doch principiell undenkbare sein müssen. Jede einsichtige, geschweige eine, nach Vollendung strebende Jurisprudenz wird hier — in ihrem Grundprincipe — endlich, wie an einem punctum saliens, ihre ganze und beste Kraft einsetzen müssen, um sich dem einen Ziele der Wahrheit und Positivität zu nähern: Diese Wahrheit wird alsdann für beide Theile, für Doktrin wie für Praxis, nur eine einzige, einheitliche sein können: In ihr werden sich beide einigen müssen! — —

8. Abstrakter Werth einer „Einigung" von Doktrin und Praxis. — Auf diese Weise sind wir nun wieder — mit dem soeben erwähnten abstrakten Grunde für unsere Hauptaufgabe nach § 1 Ziff. 1: für die Nothwendigkeit einer Ermittlung des Wesens, der Principien unserer Praxis, mit dem Grunde wenigstens, daß unsere Praxis auch nach außen einer Kenntnis ihrer Principien bedarf — wie von selbst zu unserer Nebenaufgabe der Ziffer 2 gelangt: zur Nothwendigkeit einer Einigung unserer Theorie und Praxis, wie wir oben zu Ziffer 2 dargelegt haben!

Auch bei diesem Gedanken einer Einigung unseres Civilrechts werden wir jetzt abstrakt vielleicht noch einen kurzen Augenblick verweilen müssen. Wir werden uns jetzt auch deren zwingende Nothwendigkeit so lebendig und drastisch vergegenwärtigen müssen, um auch diesen nothwendigen Erfahrungssatz vollständiger in uns selbst aufzunehmen; so, daß wir uns vielleicht auch von seiner Wahrheit nimmermehr trennen mögen!

Hier wählen wir zu dessen Veranschaulichung etwa wieder ein Gleichnis. — Würde denn ein gleicher Widerspruch zwischen Theorie

Digitized by Google

und Praxis, zwischen einer Lehre und dem Leben in Wirklichkeit, außer unserem Rechte, noch auf irgend einem anderen Gebiete geduldet werden, wenn dieses nicht etwa ein Kunstgebiet, sondern eine rein praktische Wissenschaft ist? (Und gewiß ist ja auch unser geltendes Recht doch vor allem eine „praktische" Wissenschaft: Dasselbe dient weder einer transcendentalen Spekulation, noch einer Utopie; sondern es dient einfach den rechtlichen Bedürfnissen wie dem Verkehre des alltäglichsten Lebens! [§ 3 II A 1].) Setzen wir doch nur den Fall, daß in irgend einem anderen solchen praktischen Wissen noch ein solch tiefer Widerspruch zwischen Lehre und Leben bestände. Würde er nicht, außer unserem Rechte, sonst allerorts als ein geradezu unerhörter Grundfehler jedes Handelns: entweder unserer Doktrin oder unserer Praxis, erachtet werden? z. B. in einer rein praktischen Arithmetik, einer Geometrie oder in praktischen Bauregeln. Auch diese rechnen ja, wie wir in unserem Rechte; nicht zwar mit gegebenen Rechtsbegriffen und Rechtsgrundsätzen, so doch mit greifbaren gegebenen Größenverhältnissen und Zahlen! Denken wir uns nun, daß hier eine Doktrin das praktische Leben belehren und beherrschen wollte, deren praktische Resultate nirgends in der Welt einer vollen Wirklichkeit mehr entsprechen und angewendet würden. Nehmen wir an, eine solche Doktrin hätte zwar eine antike Ueberlieferung von hohem Rufe für sich. Allein die Lebenszwecke der damaligen Lehre, Umfang, Lebensart, Lebensverhältnisse sind in dem andern Lande nicht bekannt oder in der Gegenwart überhaupt vielfältig andere. Zudem ist ja vielleicht auch so manche Bedeutung irgend eines antiken Ausdruckes und Begriffes im „Gedächtnisse der tausendjährigen Geschichte" schon verloren gegangen, wie etwa im Rechte der Begriff der römischen possessio, des römischen factum, des alten jus privatum, der Fideicommisse ꝛc. ꝛc. (cf. § 2 IV), so daß uns diese antiken Formeln in der Uebersetzung und Anwendung vielfach vollständig täuschen! Kurz, bei einem thatsächlichen, praktischen Nachzählen, Nachwägen, Nachmessen beispielsweise würden jetzt vielfältig — empirisch — ganz andere Resultate, ganz andere Summen, Längen, Größen ꝛc. zu Tage treten, als die vermeintlichen und gelehrten antiken, und diese antike Lehre setzt die, in heutiger Praxis dieselbe Technik Ausübenden nicht selten in gelinde Verzweiflung! — Würde nun irgend eine andere praktische Wissenschaft der Gegenwart eine solche, wenn auch noch so gelehrt, formvollendet erscheinende Theorie nichtsdestoweniger als gesunde und brauchbare wegen ihrer angeblich classischen Gelehrsamkeit beibehalten können? Würde dagegen nicht selbst schon der schlichte gesunde Menschenverstand eines Laien mit seinen schärfsten, kaum so ganz unberechtigten Ausdrücken reagieren? Würde nicht ein Theil der Praktiker selbst vielleicht sogar in das nivellierende fränkische Volkssprüchwort ausbrechen: „Je gelehrter, desto verkehrter", und — wie in der That unsere alten Praktiker beispielsweise etwa im Besitzrechte (man vgl. die bekannte erste Note zu Savigny's Recht des Besitzes, S. 1)

Digitized by Google

— radical jede Theorie als werthlos über den Haufen werfen wollen? Muß sich da aber nicht wenigstens auch für den Theoretiker einer praktischen Wissenschaft der Erfahrungssatz bewähren: Alles dem Menschenverstand Unverständliche hat seinen Quell in dem Unverstand: weil es sich doch auch hier im Rechte nicht um ein absolutes Recht, sondern nur um Menschenauffassungen dieses absoluten handelt? — Wir selbst werden da freilich, nach Ziff. 7 gefaßter und liberaler, wegen solcher Mißstände und wegen solchen Mißbrauchs einer Theorie nicht den Werth einer Theorie überhaupt verkennen wollen, wenigstens nicht auch den, einer berechtigten, induktiven oder empirischen! Vielmehr werden wir der Worte eines Horaz eingedenk bleiben: Doctrina sed vim promovet insitam, oder etwa der oftерwähnten unseres Altmeisters Goethe: „Verachte nur Vernunft und Wissenschaft, des Menschen allerhöchste Kraft" ꝛc. Wir werden dabei aber doch nichtsdestoweniger gleichfalls vielleicht wünschen müssen, daß auch diese unsere Theorie wenigstens eine „praktischere" werde! — — Gleiches Maß werden wir aber alsdann gerecht wohl auch umgekehrt gegenüber einer Praxis selbst anlegen müssen! Man denke sich ebendeshalb umgekehrt, dort wollte eine Praxis: eine Regierung, eine Gemeinde- oder sonstige Behörde eines öffentlichen Amtes walten und bei Austheilung von Steuern oder Umlagen, bei öffentlichen Bauten ꝛc. gewisse, von jeder Theorie abweichende und verdammte arithmetische Regeln und Handhabungen anwenden; die gesammte Doktrin nun würde diese nicht nur nicht lehren, sondern ganz im Gegentheil, händeringend sie als falsch, gemeingefährlich nachzuweisen versuchen. Man würde so dieser Praxis nachrechnen, wie sie damit mittels indirekter Steuern ꝛc. den Einen der Steuerpflichtigen gegenüber dem Anderen überlaste, wie ferner so ein, von ihr geführter Bau nothwendig dem Einsturze drohen müsse u. s. w. Und diese Praxis wollte sich trotz all' dem nicht einmal der Mühe unterziehen, der Gründe ihres abweichenden Handelns auch nur innerlich, zur Rechtfertigung ihres eignen Gewissens — d. i. gleichfalls theoretisch — sich selbst bewußt zu werden, geschweige dieselben vor der Oeffentlichkeit und öffentlichen Meinung zu begründen! — Was wäre dann eine solche Praxis? — Auch diese müßte alsdann entweder, wenn sie sich blind einer besseren Einsicht verschlösse, offenbar gleich verfehlt und verwerflich sein, wie jene falsche Theorie. Oder aber es würden sich bei einem genaueren Nachrechnen ihre Rechnungsresultate praktisch dennoch — und zwar vor einer besseren Theorie auch theoretisch — als nothwendige bewähren. Dann würde sich allerdings zwar die, dieser Praxis entgegenstehende bisherige Doktrin allein als eine fehlerhafte erweisen: Würde aber doch nicht auch selbst dann noch, trotz des Rechnungsfehlers auf Seite der Doktrin, anderseits dieser Praxis mindestens der eine Vorwurf kaum erspart bleiben, daß diese sich der Grundsätze ihres Handelns zuvor nicht klar bewußt gewesen sei? — — So ähnlich also würde wohl auch die Zwischen-



Digitized by Google

frage über die Nothwendigkeit einer Einigung einer contrastierenden Theorie und Praxis in jedem anderen Wissen, und sollte sie auch im Rechte beantwortet werden!

Damit aber dürfte „Aufgabe wie Ziel" dieser vorliegenden Untersuchungen nach § 1 Ziff. 1 und 2 auch abstrakt hinreichend klar gekennzeichnet sein. — Unsere Praktiker somit werden doch wohl jetzt inmitten der sonst vielleicht minutiöseren, casuistischen Fragen ihres angestrengten praktischen täglichen Berufes, unsere Theoretiker inmitten manch anderer hastender Tagesfrage, sich endlich einen Moment einer feierlicheren Ruhepause bewahren müssen, um nach einer, mindestens gleichwichtigen, weil endgültig entscheidenden untersten Grundfrage allen Rechts Umschau zu halten: damit über dem Hasten der Zeit in Wissenschaft und Praxis nicht etwa das Ziel aller Jurisprudenz, das Recht selbst verloren gehe! Diese Aufgabe somit wird im Interesse aller Theile gelegen sein: weil diese ja doch alle nur ein wahres Recht wollen und bedürfen. —

9. Nun noch zu zwei formalen Vorfragen.

I. Zunächst über die formale Berechtigung des technischen Ausdruckes: „Schule" für das praktische Recht. — Werden wir zu einer solchen Bezeichnung berechtigt erscheinen? — Formell nun wird dieser Ausdruck „Schule" gestattet und nothwendig sein, sobald das praktische Recht — neben seiner abweichenden Casuistik in den Präjudicien (§ 2 I 2) — auch andere materielle Grundprincipien eines Bestehens und Geltens wird nachweisen lassen, als alle übrigen Schulen.

Eine „Schule" sind: Gründe und Grundgesetze des Geltens des Rechts. — Savigny selbst nämlich ist der formale Begriff einer selbstständigen „Rechtsschule" (in seinem Berufe unserer Zeit, 3. Aufl., S. 6, 8 ff.; cf. Nr. 1 seiner Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. I, 1815, S. 1 ff., 6, 12) schon diejenige Rechtsdarstellung, welche sich durch andere Anschauungen über die bloße „Entstehung" eines Rechts von den übrigen Rechtsdarstellungen unterscheidet (Beruf S. 6 und 7). Nach den eigenen Prämissen Savigny's indessen schon wird dieser Begriff kaum präcise genug, sondern viel zu weit erscheinen! Nach ihnen nämlich lebt und bewegt sich alles Recht (§ 2 unten). Ist dies aber der Fall, dann wird doch auch der Begriff einer selbstständigen Schule und ein anderes Recht nicht blos dann und deshalb gegeben sein können, wenn es einmal anders entstanden, sondern auch schon dann, wenn es später, jetzt erst, anders lebt, somit nur anders besteht und gilt; denn selbst ein, früher einheitlich entstehendes Recht kann sich ja später im Leben geändert, nach dem Naturgesetze: ovum ab ovo, cellula de cellula gespalten ꝛc. haben und kann auch dann noch nur Principiengegensätze zeigen. Daher dürfte wohl nur unsere obige Fassung berechtigt sein! — Bluntschli, die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen, § 4 (unter Zustimmung von E. J. Bekker, über den Streit der historischen und der filosofischen

Digitized by Google

Rechtsschule, academ. Rede, 1886, S. 13, 11 Note 22), hat seit 1839 diesem Begriffe Savigny's noch überdies mit Recht ein weiteres negatives Merkmal hinzugefügt: daß nämlich dies Grundprincip auch nicht schon Gemeingut der ganzen Rechtswissenschaft geworden sein dürfe; denn dann läge wenigstens eine besondere Schule nicht mehr vor. Bluntschli selbst glaubt aus diesem Grunde beispielsweise von der geschichtlichen Schule, auch deren Grundprincip schon sei Gemeingut der Jurisprudenz geworden, und man könne ebendeshalb schon jetzt nicht mehr von einer „historischen Schule" sprechen. — Wir glauben nun freilich schon bisher darauf hingewiesen zu haben, wie diese ältere historische Schule noch kaum Gemeingut, wenigstens unseres Rechtslebens und Praxis, abgesehen von einer Doktrin, geworden ist; denn das ist ja eben die Frage, welche wir oben in § 1 Ziff. 5 II—III als thema probandum vorbereitet und unten § 5—7 zu lösen haben werden. Aber auch umgekehrt, für unser praktisches Recht muß dann dieselbe negative Voraussetzung Bluntschli's gelten. Sowenig die historische Schule Gemeingut auch des praktischen Rechts, ebensowenig kann auch unser praktisches Recht umgekehrt, theoretisch wenigstens, bereits als Gemeingut unserer herrschenden Doktrin und ihres theoretischen Programms bezeichnet werden. Savigny schon gestand die Trennung zu. Und noch jetzt spalten sichtbar (wie in § 1, 5 III mit § 6 und § 7 ersichtlich) das praktische Recht von der historischen Schule Savigny's nicht nur die Einzelheiten einer Casuistik der Präjudizes, sondern auch die ebenda festgestellten vier diametral entgegengesetzten Grundprincipien: 1. Ein mechanisches Grundprincip: Gelten von Naturrecht neben Geschichte; 2. ein organisches Grundprincip: Leben statt Stillstand eines gegebenen Stoffes; 3. ein zeitliches Grundgesetz: Gelten des Rechts der Gegenwart, nicht der Vergangenheit; endlich 4. ein örtliches Grundgesetz: Nationales statt fremden Rechtes! Damit aber werden andere Grundsätze sowohl des Entstehens als auch des Bestehens oder Geltens des Rechtes noch jetzt gelehrt und praktisch in Uebung sein, Momente, welche die Kriterien einer besonderen „Schule" bilden! Zwar setzt sich im Grunde das lebende und praktische Recht — könnte man einwenden — nur aus den zwei bisherigen Schulen, nur aus den Geistesprodukten des Naturrechts und den gegebenen Stoffen einer Geschichte organisch zusammen; jenes vereinigt nur die beiden letzteren. Aber auch dies Zusammenfügen verschiedener Hälften der bisherigen getrennten Schulen zu einer dritten allein schon muß, wie schon zu Ziffer 5 III angedeutet, eine dritte neue Schule begründen: Denn wenn die beiden, im praktischen Recht jetzt je zur Hälfte auf völlig geschiedenen Gebieten angewendeten Rechte: das geschichtliche und Naturrecht schon zuvor sich als besondere Schulen widersprachen, so werden sich dieselben auch dann noch widerstreiten und verschiedene Schulen verbleiben, wenn sie auf geschiedenen Gebieten je zur Hälfte in eine dritte Rechtsdarstellung übergehen: Auf jeder der beiden Hälften unseres praktischen Rechts wird alsdann eben



Digitized by Google

der alte Gegensatz fortbestehen: A + B ist beispielsweise weder A noch B allein; wo vielmehr A gegeben ist, widerstreitet es dem B, wo B gegeben, widerstreitet es dem A; oder: lebender Geist und lebende körperliche Materie verbunden ist grundgesetzlich weder Geist des Naturrechts allein, noch Materie der historischen Schule allein, sondern wo Geist ist, ist keine bloße feste Materie, wo feste Materie, kein bloßer Geist! Abgesehen davon, daß außer den obigen vier Grundprincipien auch noch weitere formale Verschiedenheiten bestehen; § 6 II.

Solange also nach der Versicherung der ersten Juristen unserer Doktrin (§ 3) eine historische Rechtsschule — mit ihrem Rechte einer gesammten Vergangenheit und ihren vier obenerwähnten diametralen Gegensätzen gegenüber dem Rechte des Lebens und der Praxis — wenigstens theoretisch innerhalb unserer Doktrin noch als die herrschende erachtet wird, solange wenigstens ist das praktische Recht trotz der thatsächlichen Anwendung seines Präjudizes in unserer Doktrin noch nicht wissenschaftliches Gemeingut der deutschen Nation, d. i. des Bewußtseins oder der Ueberzeugung der Allgemeinheit geworden: Insolange vielmehr werden sich auch die Grundgesetze selbst einer praktischen Wirklichkeit noch bescheiden müssen, nicht als allein herrschend, sondern als bloße Partei-Anschauung, als bloße wissenschaftliche „Schule" auftreten zu müssen. Solange eben wird dies der Fall sein müssen, bis die Grundgesetze des praktischen Rechts etwa in das allgemeine Bewußtsein übergegangen und auch Gemeingut unserer bisherigen historischen Doktrin geworden sein werden! — Ist dies dereinst der Fall: dann gibt es allerdings keine Schule mehr; denn dann ist die Einheit unseres Rechtes, — unser Ziel nach Ziffer 2 oben — erreicht! Zeitweise also kann auf diese Weise wohl auch eine reale geschichtliche „Wirklichkeit" eine bloße Schule bilden müssen!

Neben der Bezeichnung „Schule" findet sich aber überdies die Bezeichnung „Richtung". Mit diesem technischen Begriffe wird bisher wohl jedes, subjektiv auf einen bestimmten Zweck des Rechtes „gerichtetes" Streben gekennzeichnet werden. — — Ist nun aber unser praktisches Civilrecht eine besondere „Schule", oder vielleicht nur eine gesonderte „Richtung"? — —

Auch diese Frage wird hienach ähnlich zu beantworten sein: Unser praktisches Recht wird nach allen diesen Auffassungen in der That nicht blos eine solche subjektive „Richtung" zeigen, sondern vielmehr eine „Schule"! — Sein Wesen nämlich beruht keineswegs blos darin, daß es sein Augenmerk und seine ganze Thätigkeit auf ein, im Leben und in der Praxis anzuwendendes Recht „richtet". Ein solches Streben vielmehr hätte mit ihm ja beispielsweise auch das „System" des, dem Leben und der Praxis vielfach conträren heutigen römischen Rechts Savigny's gemein: Denn auch das Vorwort dieses Systems von 1840 glaubt und will ja doch, daß sein geschichtliches Recht einer Vergangenheit — nämlich sein „rein römisches" ꝛc. Recht im Gegensatze zum früheren Naturrechte — künftighin unser Rechtsleben

Digitized by Google

wie unsere Praxis überzeuge und binde: Diese bloße subjektive „Richtung" ist es also nicht, welche das Wesen unseres praktischen Civilrechts erschöpft. Der Inhalt unseres praktischen Rechts vielmehr zeigt in der That auch die soeben berührten anderen *materiellen* Grundprincipien. Ueberdies werden wir sofort unten (§ 1 Ziff. 9 II) wie gesagt, bereits auch von der neuesten Doktrin getheilte und in § 6 II näher ausgeführte weitere *formale*, praktische Grundprincipien kennen lernen, welche die historische Schule als solche nicht enthalten konnte. Kein Zweifel also, daß der Ausdruck „Schule" für unser praktisches Recht zur Zeit noch gerechtfertigt wie geboten sein wird, und daß ihr Wesen auch über das einer bloßen „Richtung" hinausgeht!

Welches ist nun aber doch die *Qualität* und *Organisation* dieser „praktischen Schule"? Immerhin hat der Begriff einer bestehenden „Schule im Rechte" an sich wieder eine doppelte Bedeutung: Bald nämlich ist eine solche Schule eine rein „*sachliche*", bald aber zugleich eine „*persönliche*", subjektive. — *Sachlich*, wie er soeben angewendet wurde, bezeichnet der Begriff, wie gesagt, einen Inbegriff solcher objektiv leitender Grundprincipien über das Bestehen und Gelten des Rechts, welche zu den leitenden Grundprincipien anderer positiver Rechtsdarstellungen in einen Gegensatz treten und im Einzelnen ein anderes Recht erzeugen. Dieser Gegensatz muß zwar allerdings nicht ein theoretisch ausdrücklich ausgesprochener, er kann auch, wie im praktischen Civilrechte, nur ein stillschweigend und concludent geübter sein! — Bald aber und bisher zumeist wird der Begriff „Schule" auch zugleich *persönlich* aufgefaßt werden: Dann freilich würde er auch noch einen Kreis von „Personen" oder Juristen bezeichnen, welche als deren persönliche Träger zugleich mit ihrer Person — oder auch als Clique durch sonstige Thätigkeit — für die Richtigkeit dieser Grundprincipien — im Gegensatze zu den Juristen der andern Schulen oder Rechtsdarstellungen mit anderen Grundprincipien — eintreten. — Würde somit der Ausdruck Schule hier nur *persönlich* aufgefaßt werden, dann würde man sich unter ihm unzweifelhaft nach bisheriger Art schon jetzt einen organisierten Kreis strebsamer Juristen und praktischer Denker vorstellen wollen. Man würde glauben können, daß eine solche persönliche Organisation, ähnlich dereinst der historischen Schule, schon jetzt bestehe; daß sie demnächst mittels eines abgeschlossenen, wissenschaftlichen Programms, von einer Person festgestellter Principien, persönlich vereinigt auf dem Plane erscheinen, daß sie, dieser Kreis von „Personen", allenfalls in besonderen Systemen und Zeitschriften, — nicht zufrieden mit dem bloßen Cultus des vermeintlich principlosen praktischen Rechtsfalles und Präjudizes, nicht zufrieden mit der Fallmeisterei — zugleich den Ausbau einer von „Principien geleiteten" Doktrin des praktischen Rechts zu übernehmen im Stande sein müßte. — — Eine *solche* — persönliche — praktische Schule hat es allerdings in unserem Rechte bis zur Gegenwart noch niemals gegeben! Und wäre nur diese Bezeichnung einer Schule

Digitized by Google

die allein mögliche, so wären wir hier niemals berechtigt, von einer praktischen „Schule" zu sprechen! Weit eher vom Gegentheil! Weit eher von einer vereinzelten Abneigung und einer stillschweigenden Vereinigung unter Praktikern selbst, daß unsere Praxis sich ja nicht auf Principien einlassen dürfe (§ 3 und 4)! Diese Befürchtung somit, daß eine persönliche „praktische Schule" schon jetzt existiere, wäre allenfalls ein Aprilscherz! Man müßte da fast, um die Welt vor einem unfreiwilligen Humor zu sichern, diesem ebencitierten Humor sofort freie Luft oder doch ein Sicherheitsventil offen lassen, damit er sich noch rechtzeitig entlade, damit er nicht durch eine Explosion etwa zur Unzeit seine Bande gewaltsam sprenge und uns nicht dereinst inmitten eines wirklichen sacerdotium des Cultus unseres wahren, realen Rechts störe! — Der Verf. gesteht jedermann offen zu, daß er, trotz der allseitigen Anwendung des Präjudizes, sich mit dem Streben, eben für die Berechtigung dessen so auch wissenschaftlich einzutreten, was ja fast alle Welt bereits anwendet, mit dem Streben, die bewegenden Grundgesetze oder Principien dieser allseitig angewendeten Präjudizien zu finden, soweit ihm bekannt, leider bisher vollständig allein steht! Erst neuerdings verkündet ja auch ein Testament Iherings ausdrücklich ähnliche Worte zum ersten Male! Der Verf. gesteht so vollständig zu, daß er sich seit dem Beginne seines Nachforschens über die gegebenen Grundgesetze unseres lebenden Rechts, seit 1860 und 1865 vergeblich nach Bundesgenossen selbst unter dem zahllosen Kreise der Praxis und Theorie umsieht, welche dies lebende Recht, u. a. das Präjudiz ꝛc., täglich anwendet und übt. Die Rufe an die Oeffentlichkeit mögen auch sonst hie und da an den Verfasser zurückgelangen: Es ist aber vielleicht nur das Echo der eignen Worte: denn nur dies Echo, noch nicht die Welt außer ihm, antwortet spontan! Zwar besingt auch dies Alleinstehen noch die Laune etwa eines Schäffel: Still liegen und einsam sich sonnen, ist auch eine „tapfere Kunst". Aber doch tritt dieser idyllischen Ruhe für das Recht selbst die Erwägung, der bittere Erfahrungssatz eines Hagestolzen in einem älteren Volkssprichworte entgegen: „Schöner zu zwei'n, als ganz allein"; namentlich wo es sich um ein Fortentwickeln der realen, gegebenen Grundgesetze des allein wahren Rechts zur Größe eines nationalen Rechts handelt! „Zwei" sollten es eigentlich auch sein: die Vermählung etwa unseres hagestolzen Professors und Doktrinärs mit unserer, an einer Mitgift von Aufgaben reichen, gleichfalls unvermählten, aber leider noch litterarisch „unmündigen" Praxis, welche beide doch ohnehin als ein Paar zusammengehören! Denn das bisherige Verhältnis ist ja doch nur ein gewisses illegales Zusammenleben, noch keine seelische Verbindung mit anerkannten Früchten und keine einheitliche Erziehung und Schule der litterarischen Kinder! Kurz, über das Dasein einer solchen persönlichen Schule unseres „praktischen" Rechts also braucht keinerlei „Besorgnis", keinerlei Panik zu erstehen! — Selbst an materiellen Grundprincipien einer

Digitized by Google

solchen Schule unseres praktischen Civilrechts hat es bisher gemangelt. Zwar hat allerdings hie und da, je nach Bedarf, schon früher der Verf. selbst ein oder das andere Princip unserer Praxis gegenüber deren Vergewaltigungen durch unsere doktrinäre historische Schule in Gesetzgebung und Dogma zu vertheidigen versucht (Einleitung Ziff. 5 und § 5), u. zw. in Vorstudien für eine praktische Schule seit 1860 und 1865; namentlich in seinem: „praktischen" Bedürfnisse der Rechtsreform gegenüber der historischen Schule von 1865. Aber auch solche Einzel-Versuche würden vor allem gewiß nicht zu einer persönlichen Schule ausreichen. Dann aber würden die damals festgestellten materiellen Principien auch selbst eine sachliche, praktische Schule noch gar nicht erschöpfen; sondern erst jetzt ist zu versuchen, diese materiellen Grundprincipien vollständiger aus den Erfahrungen unseres Rechtslebens, wie aus ihrer Schale auszuschälen, zu sammeln und zu begründen. Und dann durften ja auch die damaligen Untersuchungen noch gar nicht einmal offen sagen, daß sie praktisches Recht wollen! (Vorwort, Einleitung Ziff. 1 u. § 3.) Unter diesen Umständen kann allerdings bisher von einer „persönlichen" neben einer „sachlichen" Schule nicht die Rede sein. Es würde jener an allem fehlen: an einer Repräsentation durch Personen und selbst an ausreichenden, so bezeichneten und bereits wissenschaftlich festgestellten Grundprincipien! Eine reale praktische Schule vielmehr lebt bisher nur stillschweigend und concludent: sachlich in den Uebungen des Lebens und der Gerichte!

Aber noch mehr! Wir werden es künftighin vielleicht nach dem jetzt zu erstrebenden Stande einer „empirisch" vollendeten Rechtswissenschaft für alle Zukunft gar nie für möglich halten dürfen, daß mit berechtigtem Grunde fernerhin noch eine „persönliche", d. i. eben eine aprioristische oder deduktive Schule und eine persönliche Clique, wie die unserer historischen Schule, in Rechtsfragen aufrecht zu erhalten sein werde; daß also auch fernerhin die „Person" eines vermeintlichen Heros und Leiters, oder selbst auch ein Kreis mehrerer Juristen und selbst von Gerichten, würde erstehen können, welcher — ähnlich wie in unseren bisherigen doktrinären Schulen, aus einem, von ihnen nicht aus einer Erfahrung gespiegelten, sondern aprioristisch erfundenen Grundprincipe, aus einem Natur- oder geschichtlichen Rechte der Vergangenheit ꝛc., kurz lediglich aus ihrem Haupte heraus — ein materielles Grundprinzip für unser positives Recht würden aufstellen können: ein Grundprincip, um mittels desselben ein geltendes Recht zu leiten! Eine solche persönliche Schule, wie eine persönliche Clique wäre vielmehr der Sache des Rechts unbedingt schädlich! Nur sachliche, induktive Gründe einer Erfahrung sind im Rechte berechtigt! Der bessere Erfahrungsgrund allein sei berechtigt, zu herrschen, welchen die positiven Rechtsquellen billigen, nicht und niemals die Person! Wir haben anderwärts (Einleitung Ziff. 1 II, § 1 Ziff. 4 I γ, cf. § 2 IV, § 3 IV) berührt, daß wir nur aus einzelnen, eine juristische

Digitized by Google

Kritik an der Hand der Rechtsquellen aushaltenden, positiven Gebilden, wie aus sachlichen Vorbildern oder Typen, erfahrungsgemäß werden ersehen müssen, ob für unser Rechtssystem, nach den positiven Regeln der Rechtsquellen, ein einheitliches unwillkürliches, sachliches Princip abstrahiert werden darf. Diese, auf solche Weise zu ermittelnde positive Wirklichkeit des principiell Gegebenen und Geltenden im Rechte somit wird sich auch nur ganz ohne jede persönliche Verbindung von Juristen, vollends ganz ohne Unterschied des Berufes des einzelnen Forschenden und ohne zünftige Schranken ermitteln lassen; auch von solchen also, welchen eine persönliche Ausübung der Praxis nicht zur Seite steht, von Schriftstellern, Professoren ꝛc. Auch diesen ist ja, wie wir unten sehen werden (§ 3 IV), eine empirische Erforschung des positiven Lebens des Rechts aus eigener Anschauung des Lebens, in welchem auch sie stehen, in ganz gleicher Weise möglich, wie dem ausübenden Praktiker. Eine Schule des lebenden und praktischen Rechts wird ebendeshalb bestimmter zugleich niemals eine bloße Schule „der Praxis", d. i. eine Schule, welche nur von der „Person" zünftiger Praktiker geübt wird, sondern nur umgekehrt allenfalls eine Schule „des lebenden und praktischen Rechts" oder eine „praktische Schule", d. i. eine Rechtsdarstellung, sein dürfen, so, wie sich dieselbe sachlich und principiell concludent nach den Erfahrungen der Uebung des Lebens unter der Kritik der Rechtsquellen bewährt. Denn auch die römische und manche spätere Theorie zeigt concludent eine sachlich praktische Schule, nicht blos die Praxis! — Eine persönliche Verbindung oder Organisation dagegen praktisch denkender Juristen aus der Doktrin, sachlichen Theorie wie der Praxis, wäre jetzt auch vielleicht eine Zeit lang nur etwa höchstens in negativer Weise von Werth; so, daß eine solche praktische Jurisprudenz ohne Ausschließung irgend eines Berufs zur Abwehr von Vergewaltigungen seitens eines aprioristischen Natur- wie historischen Rechts sich zusammenfinden, gegenüber einem sachlich schadenbringenden Einflusse einer, blind äußeren Zwecken dienenden, fanatischen gegnerischen Clique. Damit auch eine praktische, positive Litteratur eine Vertretung ihrer streng positiven Resultate fände; damit im Interesse der Sache des Rechts verhütet werde, daß nur aprioristische Utopien in der rein wissenschaftlichen Litteratur zugelassen, die Rechtsuchenden geschädigt, endlich Abhülfe versuchende Praktiker aber nicht auch künftighin wissenschaftlich geradezu vogelfrei, ihres litterarischen Eigenthums beraubt werden (§ 3 IV). Kurz damit endlich noch rein theoretische Zeitschriften eine principielle Rechtsdarstellung und Feststellung von Principien nach Art des Rechtfindens des römischen Rechts, des Reichsgerichts, des Auslandes, selbst bei Abweichungen vom Rechte der gesammten Vergangenheit der historischen Schule, ermöglichten! Anderseits so liberal, daß selbst eine sachliche, rein empirische Kritik der praktischen Schule seitens der Person eines Gegners kaum auszuschließen wäre! Denn auf solch' rein sachliche Resultate allein, nicht auf persönliche aprioristische

Digitized by Google

Erfindungen eines Meisters, nicht in verba magistri werden wir künftighin, im realistischen Principe wie in der Casuistik, schwören dürfen, wenn wir an eine sachliche praktische Schule denken! Der beste, exakt induktive Grund der positiven Rechtsquelle sei deshalb Sieger, nicht eine persönliche Clique und Schule! — Damit dürfte zur Genüge dargethan sein, wie hier nur von einer *sachlichen Schule* die Rede sein kann, *nicht* auch von einer *persönlichen*! —

II. Nun zu der bereits gestreiften *zweiten formellen Vorfrage*: Was ist von einer „Schule eines praktischen Rechts" *bisher bereits dargestellt*, was nicht? — Dargestellt ist vor allem die, seit Windscheid bereits in Theorie und Praxis anerkannte *Casuistik* dieses praktischen Rechts: im *Präjudize*. Dargestellt ist ferner aber auch bereits ein Theil seiner *Principien*. — Hier werden wir allerdings zwischen materiellen und formalen Principien zu unterscheiden haben! —

Jedes lebende und praktische Recht bedarf, eben infolge des, sich Bewegens des geschichtlichen Lebens, zugleich anderer *materieller* Principien, als eine historische Schule; letztere bleibt materiell bei einem „vergangenen" Rechte stehen und kann infolge dessen auch mit dessen bereits erkannten, materiellen und formalen Principien ausreichen. Eine solche historische Schule bedarf alsdann, strenge genommen, blos einer materiellen und formalen „*Subsumtion*" unter die, bereits überlieferten, römischen ꝛc. Principien. Dagegen wird ein praktisches Recht und eine praktische Schule auch die, durch die Bewegungen und Aenderungen des Rechts sich materiell neu bildenden Principien, Institute ꝛc. begreifen und so ein materielles Recht neu bilden, neu „*construieren*" müssen! Für diese materiell neuen Principien wird das praktische Recht alsdann auch weiter neue formale Begriffe finden, i. e. construieren müssen. Eine solch' neue Thätigkeit gegenüber einer historischen Schule und der Gegensatz zu deren Subsumtion ist eben die „Construktion". Namentlich die „Neubildungen" des lebenden und praktischen Rechts nach der Art des § 2 I 2 werden eine praktische Rechtswissenschaft in doppelter Weise, in Bezug auf *materielle* und *formale Construktion*, in Anspruch nehmen, wie eben auch schon die Römer fortwährend in dieser doppelten Richtung construiert haben, ohne dafür einer allgemein geläufigen technischen Bezeichnung sich zu bedienen.

Nun hat diese „Construktion" im Allgemeinen, welche die Römer und concludent jede Praxis vornimmt, auch die neueste *Theorie Gerber's und Ihering's* bereits *theoretisch wieder entdeckt*, wie ja alles unbewußt Gegebene stets erst auch theoretisch und bewußt entdeckt werden muß, damit das, was alle Welt unbewußt und real thut, unserem Wissen auch erst als realistisches Gesetz zum Bewußtsein gelangt und so nach klarbewußten Grundsätzen geübt werde. Gerber hat (in seiner academischen Rede zur Charakteristik der deutschen Rechtswissenschaft, Tübingen 1851, cf. unten § 3 IV, 2) ausdrücklich betont und mit anderen Worten gesagt, daß wir diese Construktion

Digitized by Google

von den Römern wieder erlernen müssen. Damit aber hat diese neueste Theorie Principien auch der Praxis bereits dargestellt und der Praxis selbst ihr concludentes Thun erst theoretisch zum vollen, klaren Bewußtsein gebracht. Diesem, unsere Praxis theoretisch unterstützenden Vorgehen schuldet ebendeshalb diese unsere Praxis unbedingten Dank; damit ist diese Theorie gewissermaßen der wissenschaftliche Dollmetsch auch des Thuns dieser unserer Praxis geworden. Diese construierende Theorie hat so bereits theoretisch — der bloßen „Subsumtion" des Rechts unter das gegebene Recht einer gesammten Vergangenheit seitens der historischen Schule — einen principiell wissenschaftlichen Gegensatz, das entgegengesetzte Princip der Neubildung oder „Construktion" des „Lebens" des Rechts der Gegenwart, wie eines, noch nicht in der gesammten Vergangenheit in dieser Weise lebenden praktischen Rechts gegenübergestellt. Und der Verf. hat deshalb von dem ersten Momente seines litterarischen Wirkens an, — wie schon erwähnt, bereits in seiner Erstlingsschrift: Untersuchungen über die heutige Schmerzengeldklage nebst „allgemeinen Erörterungen über die Methode des einheimischen Civilrechts", Erlangen, Deichert 1860 — von seinem Standpunkte, d. i. dem der Einigung unserer Theorie und Praxis ausgehend, aus vollster Ueberzeugung sofort versucht, für diese Construktion auch vom Standpunkte der Praxis und in Anwendung auf das specielle praktische Institut des Schmerzengeldes einzutreten; denn die Praxis hat in gleicher Weise concludent von jeher construiert oder Recht neugebildet; gerade beispielsweise im Schmerzengelde, indem auch sie eben da aus dem einen Falle des schmerzhaften Folterns des Richters in Artikel 21 und 22 der Carolina das generelle Institut des Schmerzengeldes abstrahierte, i. e. construierte. Wie? vide § 5. So ward ihr Thun jetzt dankenswerth auch theoretisch gebilligt!

Nur zeigt sich hierin bisher ein doppelter Unterschied. Einmal die Praxis, wie nicht selten auch schon die Germanisten, z. B. Beseler in der Genossenschaft ꝛc., haben von jeher auch *materiell* construiert, i. e. materiell neues Recht mittels der lebenden Rechtsquellen und zwar aus der lebenden Geschichte (§ 3) dargestellt, welche mit der gesammten vergangenen Geschichte der historischen Schule ebendeshalb nicht selten bricht. Darin aber unterscheidet sich eben schon die materielle Construktion der Römer und der Praxis von der bloßen Analogie der historischen Schule. Die Analogie der historischen Schule nämlich dehnt blos das überlieferte vergangene Recht analog aus; diese pragmatisch historische Construktion der Praxis in Rom wie der Gegenwart und die der Germanisten bricht dagegen auch nicht selten mit der vergangenen Geschichte der historischen Schule (man vgl. über diesen Unterschied schon des Verf. Untersuchungen über die heutige Schmerzengeldklage 1860 S. 78—79 und unten § 5 III 2 a): Denn jede Praxis bedarf neben dem adjuvare und supplere des historischen vergangenen Rechts auch noch des corrigere des Rechts einer

Digitized by Google

historischen Schule! Die neueste Jurisprudenz dagegen aber wieder unserer Romanisten, Ihering z. B., construiert zweitens bisher nur formal, d. h. sie prüft nur formal, nicht auch schon materiell, die überlieferten römischen Begriffe; sie füllt gewissermaßen nur den alten Wein in neue Schläuche, während eine praktische Schule auch neuen Wein in neue Schläuche füllt und füllen muß: Das ist so zugleich ein Unterschied der formalen methodischen Aufgabe einer praktischen von der der historischen Schule und den neuesten Romanisten! (cf. Einleitung Ziff. 1, II mit § 5 Ziff. III 2.)

(Wie sich da doch ganz anders das schmucke Rößlein der Construktion eines Ihering, statt auf dem, durch Jahrhunderte hindurch abgeweideten, magern Boden des vergangenen römischen Rechts, auf einer fast jungfräulich noch unentweihten, fetten Weide unseres eigenen, geschichtlich lebenden nationalen und praktischen Rechts nach Art des § 2 I 2 hätte tummeln können, wenn ihm jetzt, nach seinem, in unserem Vorworte erwähnten Beschreiten einer neuen Schule des realen lebenden Rechts, noch ein längeres Leben und Wirken gegönnt gewesen wäre! Denn im fortlebenden römischen Rechte erachtete er sich nach den Grundgesetzen der historischen Schule, wie gesagt, nur zur Feststellung, Construktion oder Neubildung der formalen Begriffe befugt; hier aber hätte er auch den „materiellen" Bau „neuzubilden" gehabt!)

Möge deshalb der Geist der Construktion, welchen Ihering uns hinterlassen, und welcher den technischen Bau und den Geist des römischen Rechts nachgeprüft, nun nach dem geistigen Vorbilde der Römer selbst und mit dem stillschweigenden Thun unserer Praxis wie der neuesten Germanisten zugleich auch bewußt in den materiellen Ausbau unseres nationalen, lebenden Rechts der Gegenwart miteintreten: Wir bedürfen einen lebenden Körper und Geist unseres eigenen, nationalen Rechts, neben einem fortlebenden Geist des römischen! Möge sich so Ihering's Geist des römischen Rechts auch auf das heutig lebende Recht übertragen! Dann wird ja die, schon thatsächlich und in den casuistischen Einzelheiten des Präjudizes gegebene Einheit unseres nationalen Rechts zwischen unserer Theorie und Praxis und die Vereinigung von Geschichte und Naturrecht suo loco, am rechten Ort zu einem großen nationalen Rechtsbaue, wie unten näher darzulegen (§ 5 ff.), auch im großen Ganzen des Systemes vollendet sein: — Das walte Gott! — —

Im Folgenden werden wir nun noch drei allgemeine Voruntersuchungen nöthig haben, bevor wir zum speciellen Theile dieser Begründung und Construktion unseres lebenden und praktischen Rechts übergehen. — Nämlich: einmal die allgemeinen Beweise, wie sich unsere historische Theorie von Leben und Praxis fortwährend spalten muß, solange sie eben an ihrem inconsequenten und falschen Anwendungsprincipe festhält: daß das Recht, statt in seinem Leben, in einer bloßen gesammten „Vergangenheit" gegeben sei (§ 2). — Zweitens

Digitized by Google

eine Skizze einer Geschichte des praktischen Rechts (§ 3). — Endlich drittens eine Darlegung der Bedürfnisse des Lebens nach einem lebenden, praktischen Rechte, trotz aller äußeren Hemmnisse auf Seite der Praxis selbst (§ 4). — Erst von § 5 ff. beginnend werden wir alsdann die Begründung des praktischen Rechts selbst versuchen können! —

**§ 2. Die Bewegung des Lebens des Rechts: Beweise der Nothwendigkeit des Fortbestehens einer materiellen Kluft zwischen Doktrin einer-, wie Leben und Praxis anderseits, solange die theoretische Herrschaft einer heutigen historischen Schule eines „vergangenen" Rechts noch fortdauert. — Beispiele von Zerrbildern zufolge des Identificierens des vergangenen mit dem lebenden praktischen Rechte seitens der historischen Schule: Injurie und Besitz.**

Vorbemerkung. — Das geltende Recht ist für uns ein gegebenes, d. i unwillkürlich bindendes: Aber nur sein Leben im Momente der Gegenwart, so, wie es im Momente formal aus den positiven Rechtsquellen des Gesetzes, Gewohnheitsrechts oder der Ueberzeugung des Juristenrechtes erquillt! Nicht nothwendig gegeben ist daher das Menschenrecht für eine ungemessene „Zukunft" und Ewigkeit, weil sein Leben ersterben kann; nicht bindend ist ebenso ferner: das Recht einer gesammten „Vergangenheit" einer historischen Schule, weil seine geistigen wie körperlichen Stoffe, sein Naturrecht und seine Geschichte bereits erstorben sein können: Ewig erscheinen uns Menschen so nur die Gesetze dieses Lebens und sich Bewegens des Rechts; ewig ist so nur: der Wechsel! Aehnlich: wie etwa der Geistes- und Stoffwechsel im Leben der Menschen ein ewiger ist! Alle einzelnen Produkte dieses Lebens des Rechts sind deshalb wechselnde, weil sich eben dies Leben selbst bewegt und ändert. — Deshalb aber, weil das geschichtliche, positive Recht selbst lebt, sich bewegt und ändert, muß auch die historische Rechtsschule, welche bei einer, nur dereinst sich bewegenden, jetzt stillestehenden gesammten „Vergangenheit" stehen bleiben will, sich fortwährend von dem lebenden, sich bewegenden geschichtlichen und praktischen Rechte „spalten": denn die positiven Rechtsquellen können sich bis in den jüngsten Moment bewegen: und in jedem Momente anderes Recht erzeugen!

Verfolgen wir jetzt: I. die Thatsache, II. die Art und III. die Erklärung dieser „Spaltung". — Diese Spaltung ferner von Theorie und Praxis kann nicht blos bewußt vor sich gehen, so, daß die historische Schule, in Savigny's Zeitschrift ꝛc., bewußt vergangenes: z. B. vorjustinianisches, nicht glossiertes Recht, germanische Rechtsalterthümer, als Recht darstellt! Diese Art der Rechtsdarstellung ist noch die, für Leben und Praxis weniger gefährliche, weil durchsichtige; hier folgt eben die Praxis dieser Schule einfach nicht zum „falschen" Rechte! Dieselbe Spaltung vielmehr kann auch völlig unbewußt vor sich

Digitized by Google

gehen! Infolge des falschen aprioristischen Satzes nämlich, daß das Recht schon durch die gesammte Vergangenheit gegeben, glaubt, präsumiert nur die historische Schule fälschlich fortwährend, das Lebende und Praktische müsse identisch sein mit dem Vergangenen. Darin findet die gelehrte Schule in der, in der Rechtsgeschichte ꝛc. nicht so bewanderten Praxis leicht Glauben: Diese Fälle sind es, welche unser Volk am meisten gefährden und seines Rechtes berauben können, weil sie auch die Praxis irreführen können! Solche Fälle sollen deshalb hier unter IV. auch noch in Beispielen gezeigt werden: in der falschen Injurie und der falschen Musterlehre unserer historischen Schule vom Rechte des Besitzes! —

I. Die „Thatsache" der Spaltung nun zwischen Theorie und Praxis. — Diese ist in mehrfacher Weise mit Händen zu greifen!

1. Einmal durch eine fortbestehende gesonderte „Litteratur" des materiell lebenden und sich bewegenden praktischen Civilrechts. — Wie in früheren Jahrhunderten seit dem ersten Auftreten der, sich zuerst von Leben und Praxis spaltenden Glosse (§ 3 I), so tritt auch heutzutage wieder, mit dem Auftreten der gleich aprioristischen historischen Schule eines vergangenen Rechts, eine ungemein reiche, besondere praktische Litteratur eines lebenden Rechts auf. Nur diesmal noch in weit verstärkterem Maße, als zur Zeit einer Glosse! Zahlreiche, heutzutage bestehende, besondere praktische Zeitschriften bezeugen, wie Leben und Praxis mit dem, vielfach dereinst in Lehrbüchern allein dargestellten „vergangenen" Rechte unserer historischen Doktrin nicht durchgängig ausreicht, und daß beide eines andern, lebenden Rechts bedürfen. Denn auch die deutsche Uebergangsjurisprudenz seit Windscheid und anderen, welche das Präjudiz der Praxis gleichfalls adoptieren, bringen dies erst, wenn es die Praxis gefunden; i. e. sie hinken der Praxis noch nach, ohne es infolge ihres Schulprincipes selbst finden zu können (§ 3 IV, 3). Diese gesonderte Litteratur zeigen die: mehr und mehr anwachsenden Bände der Entscheidungen des heutigen deutschen Reichsgerichts in Civilsachen, J. A. Seufferts Archiv, die Beiträge von Gruchot, Rassow und Küntzel, das Jahrbuch von Johow, J. A. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, Sammlungen von Entscheidungen des obersten oder der Landesgerichte fast eines jeden größeren deutschen Bundesstaates, für Bayern, Württemberg, Sachsen, Hessen, Thüringen, rheinisches Recht, Mecklenburg ꝛc. ꝛc.! — — Charakteristisch für diese gesammte Litteratur ist, daß sie anfänglich und zum Theil auch heute noch vielfach das, von dem doktrinären Rechte der älteren historischen Schule (in Savigny's Zeitschrift und System beispielsweise) verschiedene und von Savigny ausgeschlossene (§ 2 II b S. 211) lebende und praktische Rechte ohne wissenschaftliche Theorie vorerst nur in seinen casuistischen Einzelheiten darstellt, ohne sich, von außen eingeschüchtert, bisher noch mit dessen stillschweigenden und concludenten Grundgesetzen auch wissenschaftlich zu befassen. Den Grund dieser Erscheinung

Digitized by Google

haben wir ja zum Theil bereits berührt (Einleitung Ziff. 1; § 1 Ziff. 3, 4 I u. II. Näheres in § 3 II B, C). Sie ist nämlich Folge des Umstandes, daß die Praxis selbst ihre Principien noch nicht kennt; theilweise aber Folge eines Fanatismus einer, die Litteratur bisher gewaltthätig beherrschenden historischen Schule, welche jede praktische „Wissenschaft" bekämpfte und auszuschließen suchte; sie ist ferner das Produkt einer, infolge des aprioristischen anderen Extremes und seiner Revolutionen entstehenden Panik, und der Apathie unserer Praxis, welche letztere fortwährend für die eigenen Sünden dieser beiden aprioristischen Extreme als Sündenbock auserkoren wurde, obgleich doch sie — aber freilich unbewußt warum? — das wahre Recht übt!! Für dies praktische Recht besteht keine Theorie! Deren stummes, nur stillschweigend geübtes, Recht mußte sich so in das Bollwerk des Präjudizes und der Präjudizienſammlungen flüchten, statt nach Römerart gefeiert sich alsbald in ein System aufzulösen, um in jenem seine Grundgesetze und Schule nur stillschweigend und concludent zu üben! — Man könnte sagen: diese, stillschweigend allein das wahre, positiv lebende Recht verkündenden Präjudizienſammlungen gleichen so, wenn man dies Gleichnis gestattet, etwa geradezu den Katakomben eines wahren Rechts, jenen dunklen Erdhöhlen oder vollends jenen, zum Theil nur, den nothdürftigsten Bedarf befriedigenden, Blockhäusern, in welchen — nach den Verfolgungen eines wahren Glaubens oder Rechtes, nach den Brandverheerungen eines Fanatismus, nach Hochfluthen, nach Kriegen eines blinden, brutalen Eroberers — alles Leben, das Volk, einschlüssig der Herrscher und Untergebenen, die ersten Christen wie das entstehende Recht, sich von jeher zu retten pflegte, um den Gefahren und Verfolgungen zu entgehen; so sehr ganz die nämlichen Präjudizien: in den Justinianischen Pandekten von dem Magister seit der Glosse in den Himmel gehoben wurden! —

Neben diesen praktischen Präjudizienſammlungen bestehen zum Theil allerdings noch würdigere, theoretische Wohnungen eines solchen lebenden und praktischen Rechts, soweit dieses eben nicht schon das römische Recht zeigt, sondern dies Recht unbestrittenen heimischen Ursprungs ist. Ganz unangefochten blieben unter einer historischen Schule wohl auch sie nur, soweit sie ihr Recht aus einer gesammten „Vergangenheit" der historischen Schule entnahmen, nicht aus dem positiven Leben. Es ist dies die Litteratur des sogenannten gemeinen deutschen Privatrechts! Diese speciell ist freilich so nicht schon unbedingt einer praktischen Litteratur beizurechnen. Sondern dies deutsche Privatrecht unserer Doktrin spricht so bald eine altdeutsche historische, bald unsere moderne, geschichtlich lebende, bald eine philosophische Rechtssprache (§ 4 C b)! Dasselbe scheidet sich daher bei näherer Sichtung von selbst wieder materiell in eine, unserer, unter § 1 Ziff. 5 erwähnten, drei Rechtsschulen überhaupt: Dasselbe bietet nämlich so: theils Naturrecht (z. B. Runde); theils das Recht der gesammten Vergangenheit und so zum Theil Antiquitäten der historischen

Digitized by Google

Schule (z. B. Eichhorn ꝛc.); theils aber gleichfalls lebende Geschichte aus den Ausflüssen sämmtlicher positiven Rechtsquellen (Gerber, Bluntschli, Stobbe); letzteres ist der Praxis an Wahrheiten, wie an Fehlern gleich, nämlich ohne sich leider dabei gleichfalls eben, wie diese, stets ihrer concludenten lebenden oder praktischen Grundgesetze oder Principien einer Schule zur Zeit noch vollständig bewußt zu werden und ohne sich gleichfalls jedesmal auf die allein positiven Rechtsquellen zu berufen. Auch diesem deutschen Privatrecht ebenso, wie unserer bisherigen Praxis, namentlich Bluntschli ꝛc., wird daher mit Grund der Vorwurf gemacht, daß es seine Resultate hie und da wie Aussprüche eines Gesetzgebers hinstellt, ohne daß dieselben ja doch Gesetz sind: Solange sich eben nicht beide entschließen, künftighin die positiven Rechtsquellen des, von ihnen angewendeten, geltenden lebenden und praktischen Rechts oder Präjudizes frei und offen zu suchen!

2. Fortwährende „materielle Abweichungen". — Auch wirkliche, materielle Abweichungen des praktischen Rechts von den Systemen der, unser letztes Jahrhundert speciell beherrschenden Theorie der älteren historischen Schule Hugo's und Savigny's, künden diese fortbestehende „Spaltung" von Theorie und Praxis unter der Herrschaft dieser Schule. Dieselben finden sich in dieser ebenerwähnten, schon äußerlich höchst umfangreichen, besonderen „praktischen" Litteratur von jeher vielfältig! Die Rechtsdarstellung der historischen Schule nämlich — in Savigny's Systeme des heutigen römischen Rechts selbst beispielsweise — beschränkt sich im wesentlichen thatsächlich, wie bemerkt, fast nur auf die Darstellung der früheren Gesetzgebung des antiken „rein römischen", des canonischen und des älteren deutschen Reichsrechtes: somit thatsächlich fast nur auf ein, aus einer gesammten „Vergangenheit" überliefertes geschichtliches Recht! Wer sich nun aber im Einzelnen der Mühe unterziehen würde, beispielsweise zu eben dem Systeme des heutigen römischen Rechts Savigny's alles das zu verzeichnen, was hieran unsere Praxis nicht mehr als geltend erachtet, und was ihre Rechtsdarstellung in Reichsgerichtsentscheidungen, in Seuffert's Archive ꝛc. ꝛc. — offenbar adjuvandi, supplendi und corrigendi causa — als heutig positives gemeines Recht, hinzufügt, der wird etwa folgendes finden. — Diese Abweichungen unserer Praxis durchziehen im Einzelnen bereits den gesammten Complex des Civilrechtes. Sie beeinflussen ebenda schon jetzt dessen wichtigste Lehren; z. B. das heutige Personen-, Familien-, Ehe-, Vormundschafts- und Sachenrecht u. s. w. Auf diese Weise modificieren dieselben aber materiell schon jetzt vielleicht die Hälfte des, von Savigny's Systeme und Zeitschrift dargestellten geschichtlichen, rein römischen und sonstigen überlieferten Rechts! Sie zeigen, wie das praktische Recht in der That infolge seiner Bewegung ein „anderes" ist, als das der historischen Schule, und wie sich diese Doktrin von der Praxis „spaltete"! Denn die eigentliche (ältere) historische Schule, die Doktrin des jetzt bereits thatsächlich (nicht schon theoretisch) überwundenen, reinen römischen und sonstig überlieferten Rechts in

Digitized by Google

Savigny's Zeitschrift und System ꝛc. ꝛc. adoptierte consequenterweise diese Neubildungen, weil nicht dem Rechte der gesammten römischen ꝛc. Vergangenheit angehörig, einige sporadische Fälle von Ehre, infamia etc. beispielsweise ausgenommen, regelmäßig noch nicht, sondern schließt sie principiell aus: trotz deren Berechtigung; (unten § 5—7).

Einzelne **Beispiele** nun solcher „Neubildungen" unseres heutigen lebenden und praktischen Civilrechts überhaupt sind: — Die heutige Klagbarkeit der formlosen Verträge mit den hieraus u. a. von Bähr speciell gezogenen Consequenzen, Erbverträge ꝛc.; die Beseitigung der antiken Sklaverei wie der mittelalterlichen Leibeigenschaft mit allen ihren Consequenzen; die heutige Großjährigkeit; moderne Begriffe von Ehre und Infamie, heutige bäuerliche Rechte, fortdauernde Lehensbestimmungen mit Einfluß auf Erbrecht, Familienfideicommisse, deutsche Servituten, deutsches Hypothekenrecht, Reallasten, Grundbuch, Besitzrecht des Detentor: des Faustpfandgläubigers, Retentionsberechtigten, Pächters ꝛc. ꝛc., der Satz: Hand muß Hand wahren, Abzahlungsgeschäfte, der Satz: Kauf bricht nicht Miethe, Haftpflicht des Unternehmers bei gefährlichen Unternehmungen, Schmerzengeld, nicht eingetragene Genossenschaft, väterliche Gewalt und elterliche Rechte, deutsche Emancipation, heutiges Ehe- und Verlöbnisrecht, Defloration sklagen, Paternitäts- und Alimentenklagen außerehelicher Kinder; elterliche Uebergabsverträge mit Auszug, Grundtheilungen, Verwaltungsrecht des Ehemannes, Testamentsvollstrecker, Kirchenbaulasten; zahllose Formen des, sich noch jetzt stets fortbildenden Handelsrechtes (neueste Produkte etwa erst wieder: Warrants, Checks ꝛc.), Wechselrecht, See- und sonstiges Verkehrs-, Eisenbahn-, Telegraphen ꝛc. Recht, Versicherungen, Arbeiterversicherungen und Rechtsschöpfungen auf socialem Gebiete u. s. w. u. s. w.

Diese, zumeist gemeinrechtlich lebenden und praktischen Neubildungen gehören zum Theil überhaupt keiner anderen bisherigen Rechtsschule an: Nicht der historischen, weil sie dem Rechte der „Vergangenheit" im Sinne der historischen Schule: dem rein römischen ꝛc. Rechte widersprechen; und nicht den Naturrechtsschulen, weil sie sich nicht auf Vernunft allein gründen! Ihr Wesen gehört allein: einem geschichtlich lebenden Rechte, einer praktisch gegebenen Gegenwart! Eine Kluft zwischen Doktrin und Praxis besteht eben bei ihnen in jedem einzelnen Falle dadurch fort, daß die Doktrin unserer historischen Schule, zufolge ihres Grundprincipes des Rechts einer gesammten Vergangenheit, zum Theile diese unwillkürlich gegebenen, aber geschichtlich bei uns erst gewordenen, lebenden wie herrschenden Institute einfach nicht als Recht „erkennt". Ein Kunstkritiker nun bemerkte unlängst in einem analogen Falle wohl in etwas drastischer Weise: „Den Botaniker, welcher einer, bisher unbekannten Pflanze die Existenzberechtigung absprechen wollte, weil sie sich nicht in das vorhandene System einreihen lasse, würde man in das Irrenhaus sperren."

Digitized by Google

Spricht nicht aber ebenso in aprioristischer Weise die reine, jetzt nur thatsächlich überwundene historische Schule diesem „gegebenen", thatsächlich bei uns geltenden, praktischen Rechte der Gegenwart seit Hugo und Savigny zum Theil noch, trotz aller Begründung desselben durch positive Rechtsquellen (§ 5), die Existenzberechtigung ab, weil es nicht in das System und die Schablonen des rein römischen ꝛc. Systems paßt? Und mußte da nicht eine Spaltung hervortreten? Unter solchen Voraussetzungen aber entsteht und besteht die „Kluft" zwischen einer historischen Doktrin und der Praxis des Civilrechts in Deutschland auch in einzelnen Beispielen fortwährend heute noch, solange solche Rechte eben von der Lehre der Schule Savigny's nicht als heutzutage allein geschichtliche erkannt und deshalb nicht gleichfalls gelehrt werden!

3. Ueberdies ist ja auch das Bestehen dieser längst vorhandenen „Kluft" zwischen der Lehre der älteren historischen Schule und unserer Praxis von jener Schule überhaupt direkt und offen bereits „zugestanden!" Kein Geringerer ist es, welcher dieselbe als vorhanden zugibt, als das große Haupt dieser theoretischen Schule selbst, der historischen Schule, welche eben diese Spaltung durch ein wiederholtes, einseitiges Zurückführen ihres Rechtes auf das antike „rein römische" und sonst überlieferte Recht der Vergangenheit mit erneuter Heftigkeit mit heraufbeschwor: Savigny selbst ist es, welcher diese Trennung im Jahre 1840 in der Einleitung seines Systems des „heutig römischen" Rechtes, Bd. I S. XXV, wohl mit jedem einsichtigen Juristen ausdrücklich als das „Hauptübel unseres Rechtszustandes beklagt! — Sachlich nebenbei sollte zwar, wie die dortigen Einleitungsworte ergeben, gerade dieses System Savigny's dazu dienen, jene damals bereits vorhandene Spaltung wieder mehr und mehr zu heben. Wie wenig aber eines Savigny vergangener Geschichte selbst freilich gerade dies gelingen konnte, das beweist wohl der Umstand, daß mit dem Erscheinen dieses Systems Savigny's, mit dieser Darstellung des Rechtes der gesammten „Vergangenheit" jetzt auch in seinen Einzelheiten (oben Ziff. 2)! eine praktische Litteratur nun erst recht intensiv und zahlreich auftauchen mußte; daß insbesondere erst jetzt J. A. Seuffert's Archiv mit „lebender Geschichte" erschien, und daß sich so erst die einzelnen materiellen praktischen Lehren nun auch wissenschaftlich mehr zu vertiefen streben mußten. Denn das fortschreitende Leben des Rechts unserer Gegenwart kann wohl eben mit der, von Savigny's System trotzdem fast allein gepflegten antiken, rein römischen, canonischen und älteren Reichsgesetzgebung nun einmal nimmermehr materiell ausreichen: schon weil das geschichtliche Leben des Rechts sich bewegt!

4. Endlich wird sich uns die Thatsache und Nothwendigkeit einer solchen fortwährenden „Spaltung" auch noch aus sonstigen Beweisen ergeben. Namentlich aus einer Erfahrung des gegebenen positiven Lebens des Rechts überhaupt, — und zwar aus dem, sofort unter II folgenden Versuche der Schilderung, wie dies positive Leben des



Digitized by Google

Rechts — eben nicht nach der Annahme der historischen Schule in einer gesammten Vergangenheit allein — sondern auch in der Gegenwart fortwährend neu entsteht und sich stets von neuem bewegt und ändert! —

II. Die Art und Weise des, sich Bewegens des Lebens des Rechts und der Entstehung dieser materiellen Spaltung.

a) Im Einzelnen. — Schon im Einzelnen zeigt sich innerhalb der Geschichte die Unwahrheit des praktischen Anwendungsprincipes der Schule Savigny's für das Leben und die Praxis, wonach: der Stoff des Rechts durch die gesammte Vergangenheit der Nation gegeben sein sollte! Die Unmöglichkeit dieses Satzes zeigt sich wie folgt: Dieser Stoff, diese Materie unseres geltenden Rechts ist nicht einmal durch eine gesammte Vergangenheit unserer eigenen Nation unbedingt gegeben; (geschweige durch die Vergangenheit einer fremden Nation; durch ein für uns fremdes, rein römisches ꝛc. Recht einer gesammten Vergangenheit): Denn eben auch selbst dieser vergangene, früher gegebene Stoff des Rechts kann sich infolge des Lebens des Rechts nach Zeit und Ort fortwährend in dreifacher Weise bewegen und ändern: α) Bald nämlich ändern sich die thatsächlichen oder physischen Verhältnisse, insbesondere die Objekte des Rechts und die äußeren, dieselben bedingenden und begleitenden Umstände. — β) Bald aber ändert sich ferner der geistige oder psychische Inhalt oder der geistige Stoff des Rechts, nämlich die Ideen und Ueberzeugungen der Menschheit, welche als Naturrecht zum Theil gleichfalls (§ 6 I a und b) das Recht beeinflussen und bedingen. — γ) Bald endlich ändert sich auch nur das technische Recht-Begreifen oder -Erkennen seiner Juristen ꝛc.: Das „Wissen" und die „Wissenschaft" des geltenden Rechts. — Jede Veränderung eines dieser drei verschiedenen körperlichen oder geistigen Stoffe aber kann wieder nach Zeit und Raum, wie bereits zu § 1, 5 II angedeutet, ein anderes lebendes oder praktisches Recht erzeugen.

α) Bald entsteht nämlich oder bewegt sich ein neues, positiv lebendes und praktisches Recht mit dem Entstehen völlig neuer „thatsächlicher Verhältnisse" oder doch anderer thatsächlicher Rechtsstoffe: mit dem Entstehen anderer Objekte oder doch einer, durch thatsächliche Nebenumstände anders sich gestaltenden „Geschichte", welche wenigstens zum Theil anderes Recht bietet: Die historische Schule, welche nur ganz andere, vergangene Thatsachen beachtet, muß sich alsdann vom positiven Leben des Rechts spalten! — Entweder entstehen so völlig neue thatsächliche Verhältnisse, neue Objekte, für welche ebendeshalb die gesammte Vergangenheit noch niemals ein Recht bilden konnte, und damit neues Recht. Beispiele: im Mittelalter die völlig neue Bildung der Lehen und des Lehenrechts. In der Neuzeit: zahlreiche neuerstandene Institute des Handels- und Wechselrechts; neuerdings erst wieder etwa Abzahlungsgeschäfte, Warrants, Checks ꝛc., dann des Verkehrsrechts, des See-, Eisenbahn-, Telegraphen,, Thelephonrechts;

Digitized by Google

moderne Socialgesetzgebungen, welche die antiken Sklavenstaaten nicht kannten ꝛc. ꝛc. — Oder aber für, im allgemeinen dieselben früheren, unverändert fortbestehenden, thatsächlichen oder geschichtlichen Verhältnisse entstehen zu anderer Zeit und an anderem Orte neue, sie thatsächlich begleitende Umstände: neue Sitten, Gewohnheiten, neue Formen. Beispiele: Rom kannte Formalverträge: die mancipatio, die stipulatio; Verträge nun bestehen zwar geschichtlich auch heute noch, dieselben wurden aber formlose, obgleich dessenungeachtet geltende; diese antiken Formen der sponsio, stipulatio etc. sind eben in unserer Sitte nicht wieder zu beleben! Das Pfandrecht ferner besteht, wie im Alterthum, auch heute fort; an Stelle des antiken Pfandrechts und der alten Hypothek aber entstand zur Hebung des Credits ein modernes Hypothekenrecht mit den, zum Theil andern Grundsätzen der Publicität, Specialität, Realität und Alterspriorität. Der Immobiliarverkehr dauert fort, wie in der historischen Vergangenheit; an die Stelle der antiken Formen der possessio, traditio etc. zum Theil aber tritt das moderne Grundbuch mit neuen Formen ꝛc. Auch dies jetzt angewendete lebende und praktische Recht ist daher schon ein thatsächlich-geschichtlich erst „gewordenes" und anderes; sein Entstehungsgrund ist mindestens eine theilweise „andere thatsächliche Geschichte", als die „gesammte Vergangenheit" der historischen Schule.

β) Bald aber bewegt sich und entsteht ein neues, von dem, von einer Doktrin festgehaltenen überlieferten Rechte abweichendes, praktisches Recht — selbst auch bei völlig unveränderter thatsächlicher Geschichte — umgekehrt: einzig durch ein sich Aendern in der inneren „Ueberzeugung", durch ein Fortschreiten der geistigen Entwicklung eines Volkes: allein somit infolge einer Veränderung der Ideen oder des geistigen Stoffes des Rechts, so sehr der letztere auch zuvor für alle Zeiten begründet erschien! Und als Ueberzeugung gilt alsdann eben für uns nur das in uns Lebende, uns Ueberzeugende, nicht das Vergangene der historischen Schule: Das positive Leben des Rechts spaltet sich so auch hier wieder vom vergangenen Rechte der historischen Schule! Eine bloße neue Rechtsüberzeugung allein beseitigt alsdann altes Recht einer historischen Schule, obgleich doch die alten thatsächlichen Verhältnisse oder ganz dieselbe äußere Geschichte fortbesteht, und ein „neues Recht" „bricht" alsdann geradezu mit einem geschichtlichen, antiken oder mittelalterlichen! So aber entsteht selbst ein ungeschichtliches, neues Recht, ein Recht, welches zuvor noch nie in jener Zeit oder doch noch nicht am gegebenen Orte „geschehen", geschichtlich gegeben war. — Beispiele innerhalb des Civilrechtes: Die Beseitigung der germanischen Volksrechte, der leges barbarorum, der Sachsen- und Schwabenspiegel, der früher geschichtlich gegebenen Sklaverei und Leibeigenschaft. Die Sklaverei ist als Rechtsstoff in der gesammten Vergangenheit, im Just. corpus juris, thatsächlich gegeben. Ihr fehlt heutzutage nur das „geistige", psychische Leben, welches ebenfalls Bedingung eines Geltens ist. Ferner Aenderungen



Digitized by Google

der geschichtlichen Begriffe von Ehre und Infamie: bei Schauspielern, außerehelichen Kindern ꝛc., die Beseitigung des Blut- wie sonstigen Zehents. Vielleicht mit der Idee der größeren Innigkeit der Ehe seit dem Christenthum eine größere Einheit der äußeren Verhältnisse: die Möglichkeit einer Gütergemeinschaft, das Erbrecht der Ehegatten. Das römische Erbrecht der Ehegatten z. B. erscheint jetzt unserer Ueberzeugung regelmäßig als eine Härte, welche wenigstens eine moderne Gesetzgebung berücksichtigen muß, weil früher die Frau Vermögensobjekt und erblos war! Nur zur Strafe beläßt es jetzt ein Ehemann bei der römischen Bestimmung einer Erblosigkeit seiner Ehefrau! Der Gesetzgeber darf also hier nicht mehr die Ausnahme der Strafe, statt der Regel des Lebens zum Gesetz erheben! Andere Beispiele in § 2 I 2 ꝛc. — Aehnlich vor allem im Strafrechte: Gerade in dem Strafrechte speciell ist diese Bewegung der geistigen Ueberzeugung des Rechts eine so intensive, daß kaum ein Reat existiert, welches in geschichtlicher Vergangenheit oder anderswo nicht schon einmal Recht gewesen wäre oder umgekehrt! So etwa: Das Verbrennen der Hexen und Zauberer, die processuale Folter der Carolina ꝛc. Das Fortschreiten der Talion zu einer Ausscheidung der Stufen des Willens: von casus, culpa und dolus, selbst neuerdings zu einem bewußten und gewollten Verbrechen! Die frühere Privatfehde und die spätere unerlaubte Selbsthülfe. Kindesaussetzungen in China. Das Verbrennen der Frauen in Indien. Der Menschenraub bei den afrikanischen Sklavenjägern. Die Tödtung bei den Kannibalen. Der Raub der Nomadenvölker. Das Raubritterthum des deutschen Mittelalters. Der Diebstahl der spartanischen Jugend. Die Blutschande der Neger. Die zahllosen heutigen Polizeireate eines entwickelten Staates, welche alle dereinst bei einem Volke der Kindheit gestattet waren. Erst neuerlich berichtet Kohler wieder (Archiv für das bürgerliche Recht V, 1891, S. 161) von einem Volke, den Parsen, bei welchen geschichtlich die Ehe mit einer leiblichen Schwester als hohe Tugend geehrt wurde ꝛc. ꝛc.! — Ebenso ist im Staatsrechte die allmälige Beseitigung des privatrechtlichen Lehensstaates: der Idee, mittels Privatbelehnung des Lehens und mittels des Privatversprechens des Eides zu staatlichem Gehorsam zu verpflichten: durch den modernen Staat, die Aufhebung zahlloser Vorrechte wie privilegia odiosa durch die Idee des gleichen Rechts ꝛc. ꝛc. zu verzeichnen: — Wer behauptet auch da noch, daß der Satz der historischen Schule wahr und nicht spaltend sein könne: alles geschichtliche Recht ist durch eine „gesammte Vergangenheit" der Nation — wie fertig — gegeben! (Vgl. § 1, 5 II.) — —

γ. Bald endlich bewegt sich aber und entsteht neues lebendes und praktisches Recht hie und da, trotz eines thatsächlichen körperlichen und selbst eines geistigen Gegebenseins in anderen Sphären, für uns als positives Recht einzig und allein erst durch unser späteres eignes materielles „Erkennen" oder technisches „Begreifen" innerhalb der Gegenwart. Auch diese Macht der Vorstellung, welche bereits

Digitized by Google

unsere neueste Philosophie betont, spaltet das positiv lebende Recht vom historisch vergangenen! Und dies ist vielleicht die wissenschaftlich interessanteste Entstehungsart des besonderen praktischen Rechts! Es genügt hier selbst nicht, wenn ein Recht früher bereits in einer gesammten Vergangenheit körperlich wie geistig gegeben und erkannt oder auch nur heutzutage von anderen erkannt ist! Es muß von uns heute erkannt werden, nicht vergessen sein ꝛc. Hier muß also — zu dem Gegebensein der „thatsächlichen" Verhältnisse unter α, und zu einer, allenfalls bei anderen Völkern, Personen schon gegebenen, „geistigen" Ueberzeugung unter β — auch noch ein Drittes: ein „Erkennen und Verstehen" bei denjenigen einzelnen Organen hinzutreten, welche das positive Recht bei uns üben und zu einem praktisch geltenden erklären, wenn dies auch nicht die Gerichte allein sind. — So ähnlich aber verhält es sich ja in einer gesammten Geschichte auch außerhalb des Rechts. Beispiele des Erwerbes eines Wissens überhaupt: Die letzten Jahrhunderte haben fortwährend neue zahllose Sterne entdeckt. Diese waren geschichtlich gewiß von jeher vorhanden. Und doch hat sie das verschärfte Auge der Wissenschaft erst später entdeckt. Erst von da an aber waren sie als neue Sterne auch für uns „gegeben" oder wissenschaftlich „positive"! Andern Völkern in Asien, Afrika, welche an unserer Cultur nicht Theil nehmen, sind diese neuentdeckten Gestirne noch jetzt nicht „gegeben". Eine Elektricität ferner war thatsächlich zweifellos von jeher, seit Erschaffung der Welt, wie jetzt, vorhanden! Haben aber deshalb die Römer schon „erkannt", wie man den elektrischen Funken erzeugt, wie man denselben in Accumulatoren sammelt, damit Maschinen, Eisenbahnen treibt? Für diese somit war eine elektrische Technik positiv noch nicht „gegeben". Und wenn diese für uns civilisierte Europäer der Gegenwart gegeben, ist dieselbe deshalb schon für alle, auch für andere, geistig zurückgebliebene Racen der Gegenwart ohne Erkenntnis gegeben, für Neger ꝛc.? Oder: der Organismus eines noch lebenden, vielleicht bereits vorsintfluthlich dagewesenen Thieres ist von jeher im Meeresgrunde, ein kostbares Nahrungsmittel oder Heilkraut ist von jeher auf der Welt körperlich gegeben. Wir haben dieses Thier, diese Pflanze aber bisher nicht gekannt oder doch ihre Wirkungen nicht gekannt. Solche Thiere, Nahrungs-, Heilmittel waren alsdann „für uns noch nicht gegeben": Erst das geistige Erkennen des Menschen im vielleicht nur flüchtigen, vorübergehenden Momente des Findens innerhalb der Gegenwart also macht diese, längst gegebene Geschichte und Materie zu einer, für uns wissenschaftlich gegebenen oder positiven, officinellen ꝛc. Ebenso bei dem Verluste, dem Aufhören eines Rechtes; z. B. bei dem Verlieren einer Sache. Oder der Gefangenwärter eines Gefangenen oder dieser selbst wirft hinter sich die Fallthüre zu, so aber, daß Schloß und Riegel nicht einspringt. Der Gefangene glaubt trotzdem seine Freiheit verloren, während er thatsächlich doch frei ist: So besteht auch die Thatsache des Gefangen-

Digitized by Google

seins und der Freiheitsberaubung nicht blos thatsächlich, sondern, gleich wirksam, durch die Vorstellung allein. Selbst ein wirkliches Gefangensein umgekehrt aber würde für den Gefangenen speciell nicht fühlbar und nicht psychisch gegeben sein, wenn es in seiner Vorstellung nicht zum Bewußtsein gelangte! — Ebenso da, wo innerhalb einer Geschichte ein Stoff des Wissens, ein Bewußtsein für uns bereits einmal wirklich vorhanden, gegeben war, dann aber in Folge Vergessens innerhalb unserer Geschichte für uns auf einmal nicht mehr gegeben ist. Z. B. bei einer Belagerung von Konstantinopel kannte man ein griechisches Feuer; mittels dessen verbrannten die Belagerten die Schiffe ihrer Feinde. Die Kenntnis dieses Feuers ist bis in die Neuzeit verloren gegangen gewesen. Die Römer kannten ferner, Zeuge die Reliefs ihrer Triumphbögen, bereits vollständig correkt die Bewegung der Pferde. Diese Kenntnis aber ist unserer Bildhauerei eine Zeit lang verloren gegangen gewesen; erst die Momentphotographie entdeckte sie unlängst wieder! Insolange also diese Thatsachen und Materien von uns nicht erkannt, begriffen oder wiedererkannt worden, sind sie für uns nicht „gegeben". —

So auch im Rechte. Vor allem im Einzelnen. Wie in den Sternbündeln einer Milchstraße vielleicht zahllose unentdeckte selbständige Sterne, so mögen etwa auch noch in unseren Innominatcontrakten ꝛc. ꝛc. vielleicht zahlreiche noch unerkannte selbständige Rechtsinstitute verborgen sein, welche noch später vielleicht einzeln ausgeschieden und begriffen werden. So schied die Wissenschaft schon bisher aus andern Gruppen, ähnlich etwa dem Satze unserer Medicin: ovum ab ovo oder cellula de cellula, selbstständige Institute ab. Von dem römischen dinglichen Rechte unterschied sie beispielsweise die deutsche Reallast, diese obligatio rei (d. i. eine Obligation, welche auf den jeweiligen Besitzer der Sache übergeht). Aus der Gruppe der römischen societas ferner schied man neuerdings die heutige und deutsche Genossenschaft zu dauerndem Zwecke. Neben der römischen possessio animo domini und in diese von der historischen Schule eingeschachtelt, entwickelte sich der Begriff des grundverschiedenen heutigen Besitzrechtes des Detentor ohne animus domini: des Pächters, canonischen Pfründebesitzers, Retentionsberechtigten ꝛc. ꝛc. (cf. Ziff. IV II unten). — Ebenso im großen Ganzen. Die Wahrheiten des corpus juris waren seit Justinian da, bewußt sind sie erst wieder da seit der Glosse. In der Jurisprudenz des classischen Rom lebte, nicht mittels Schrift gelehrt, die Theorie einer besseren Methode des Civilrechts überhaupt! Sie ist für uns seit dem Verfalle der römischen Rechtswissenschaft verloren gegangen und bisher noch nicht wieder gefunden, sondern jetzt erst zu finden. — — Um aber die verschiedenen Möglichkeiten einer solchen Rechtsentwicklung durch das bloße Begreifen des Rechtes schon überhaupt zu überblicken, wollen wir hier vorerst noch ein Gesammtbild des äußeren Erkennens unseres heutigen positiven Rechts im allgemeinen Grundzuge vorausschicken und diese Fälle näher in

Digitized by Google

Gruppen ausscheiden; so wie wir dies bereits unausgeschieden angedeutet! Und zwar sind wohl im großen Ganzen überhaupt folgende drei Variationen denkbar: — — 1. Einmal kann in dem Leben des „Volkes" allein ein bestimmtes Gewohnheits- und sonstiges Recht bestehen; es kann nur in dessen Rechts-leben, Rechtsverkehre, in dessen allseitiger Uebung allein und unbewußt vorkommen, noch nicht bei einer gelehrten Jurisprudenz; es wird dann auch nur beim Rechtsprechen dieses Volkes selbst mittels rechtsungelehrter Richter, — im Gegensatz zu Gelehrtengerichten, also: — bei dessen Rechtsprechen in Volksversammlungen, bei Schöffen, Geschworenen ꝛc. allein zur Anerkennung gelangen: Alle gelehrte Jurisprudenz aber in Praxis und Doktrin erkennt dies Recht in diesem Falle möglicherweise überhaupt noch nicht: Sei es deshalb, weil dieses Recht überhaupt juristisch neu, noch niemals erkannt und in technische Formeln wie in systematische Begriffe gefaßt ist: Sei es, weil es faktisch erkannt, aber diese Jurisprudenz durch eine fremde Jurisprudenz mit andern Formeln, z. B. durch eine romanistische, historisch-antiquarische Doktrin verbildet ist und es deshalb nicht begreift. In all diesen Fällen besteht nur ein lebendes Recht praktisch in der Uebung des Laien allein, nicht aber als ein praktisches vor den Gerichten und nicht als ein theoretisches innerhalb einer Doktrin oder sonstigen Wissenschaft. Die gelehrte Jurisprudenz der Praxis und Doktrin stört und verletzt im Gegentheil noch gemeinsam das positive Gewohnheits- ꝛc. Recht des Lebens! Ein Beispiel mag vielleicht dereinst bei uns die germanische Detention, welche wir soeben erwähnt, gewesen sein. Diese wurde im Leben als Recht geachtet. Z. B. das Besitzrecht des Gemeindegenossen am unvertheilten Gemeindegrunde, des Besitzers unter suspensiven Eigenthumsvorbehalt. Die Doktrin Savigny's, eine Zeit lang die, von ihm mißleitete, Praxis erklärte es für rechtlos! Ebenso vielleicht mag ein solches Beispiel selbst dereinst in Rom das Genossenschaftsrecht, (wenn auch letzteres vielleicht nicht historisch mehr nachweisbar), wie bei uns selbst ergeben haben. Unzweifelhaft nämlich muß es ja auch in dem reichen Verkehrsleben dieser Weltstadt, wie bei uns, schon Vereine gegeben haben, welche, über das Einzel- und Privatinteresse des Einzelnen hinaus, zu gemeinnützigen und sonstigen dauernden Zwecken, vertragsmäßig ꝛc. Vereine bilden wollten und bildeten. Die römische Jurisprudenz, welche die natura so vieler anderer Institute aus dem Leben unmittelbar erkannte und regelte, erkannte aber leider die Selbstständigkeit dieses einen, unzweifelhaft auch bei ihr im Leben gegebenen, besonderen Rechtsinstituts noch nicht, ganz wie unsere heutigen Romanisten; ein Recht welches doch vielleicht durch die concludenten Verträge der Rechtsübenden durch rechtsförmliche Verträge längst perfekt geworden sein mußte. Ihre Juristen verletzten durch ihre societas, durch deren Theilungsklage, Lösbarkeit seitens eines jeden einzelnen Mitgliedes ꝛc. die Rechte, welche so zu Gunsten einer communio, eines Zweckes und Zweckvermögens von

Digitized by Google

dauernder Wirkung vielleicht unbewußt längst begründet waren. — Dasselbe kann aber freilich auch wieder umgekehrt vorkommen. Es kann sein, daß im antiken Leben ein Volk und seine Jurisprudenz gemeinsam ein Recht bereits kannte und übte; dessen Bedeutung geht aber im Verlaufe der Jahrhunderte und Jahrtausende im Gedächtnisse der Jurisprudenz verloren, und dämmert dann nur noch vielleicht bei dem Volke unbewußt unter anderem Namen fort. Ein Beispiel werden wir vielleicht noch in diesem § 2 unter Ziff. IV, II: in der schon erwähnten römischen possessio selbst kennen lernen! Die Römer kannten am ager publicus, im Provinzialeigenthum ꝛc. in dieser ihrer possessio ein „relatives" Eigenthum (Doppeleigenthum des jus gentium neben dem formalen, durch mancipatio ꝛc. zu erwerbenden civilen dominium ex jure Quiritium); dasselbe, schon durch Faktum erworben, stufte sich vom rechtmäßigen Eigenthume der possessio ex justa causa zum relativen der bloßen possessio mit Publiciana und zum plus juris der Interdikte ab. Diese possessio nun, welche nie nothwendig zugleich Detention oder faktischer Besitz im heutigen Sinne war, sondern von uns durch die Einschachtlung unter Besitz und Detention nur mißdeutet wurde, ist im Gedächtnis der Geschichte verloren gegangen. Im Volke lebt aber dies relative Eigenthum vielleicht dämmernd trotzdem unter dem fort, was unsere gelehrten Juristen noch unbewußt, unklar und undefiniert mit sog. „besserem Rechte" bezeichnen, ohne sich zu gestehen, welches dieses bessere oder relative Recht, daß es Eigenthum ist! Dieser besser Berechtigte nun wird sich im Leben zur Zeit zwar faktisch in der Herrschaft über die Sache zu behaupten suchen, im Falle eines Prozesses aber hinnehmen müssen, ob ihn die gelehrte Jurisprudenz und eine, durch diese falsche Doktrin mißleitete Praxis in seinem Rechte, welches auch er selbstverständlich nicht juristisch definieren kann, nur auf Umwegen schützt, oder ob die gelehrte Jurisprudenz dies sein Recht verkennt und es ihm entzieht! — Dies alles somit sind Fälle, in welchem vielleicht ein Recht nur im Leben, nur in der Uebung des „Volkes" besteht, weder aber als ein praktisches vor den Gerichten, noch als ein doktrinäres technisch erkannt, und damit noch nicht als Recht entstanden, gegeben, positiv ist! — — 2. Zweitens kann es vorkommen, daß ein Recht im Leben oder in der Uebung des Laien und in der Praxis der Gerichte zugleich erkannt und angewendet, dagegen nur von einer Doktrin allein noch verkannt ist. Dies sind nun die häufigsten, regelmäßigen Fälle, in welchen ein sog. besonderes „praktisches" Recht, verschieden von dem Rechte einer Doktrin, entsteht und „gegeben" ist. Beispiele finden sich in § 2 I 2 mehrfach. Es sind dies die Fälle, welche uns unten bei der Darstellung eines praktischen Rechts eigentlich angehen. — — 3. Endlich kann ein dritter Fall denkbar sein. Eine Theorie erkennt ein lebendes, im „Leben" gegebenes Recht, z. B. ein Gewohnheitsrecht, früher, als die Praxis der Gerichte; diese letzteren urtheilen also noch falsch solange, bis auch sie das Recht technisch „erkennen" und bis letzteres

Digitized by Google

damit erst auch für die Praxis „gegeben" ist. Diese, mit dem Leben selbst der Praxis vorauseilende Theorie kann wieder von einer reinen Doktrin oder von einer sonstigen praktischen Theorie z. B. der Theorie eines Praktikers, Schriftstellers ausgehen. — Einen Fall der ersten Art wird wieder die Genossenschaft bieten; das Bestehen dieses Gewohnheitsrechts wird wohl u. a. die Doktrin Beseler's bereits früher systematisch erkannt haben, als die, anfänglich nur theilweise dasselbe übende Praxis unserer Gerichte. Erst infolge der Anregung durch diese Doktrin wird dies lebende Recht aus dem Leben und der Doktrin alsdann generell auch in die Praxis unserer Gerichte übergegangen sein. — Ebenso sind umgekehrt Fälle denkbar, in welchen nicht eine Praxis oder ein Präjudiz und eine Doktrin, sondern eine praktische Theorie wissenschaftlicher Praktiker allein ein Recht aus dem Leben zuerst erkannt hat, so daß durch deren Nachweise aus den Rechtsquellen erst dieses Recht, als gegebenes erkannt, auch in unsere Praxis und Doktrin übergeht. In diesen Fällen somit kann sporadisch sogar ein lebendes und „praktisch berechtigtes" Recht bestehen, welchem weder eine „thatsächliche Praxis" noch eine Doktrin entspricht, sondern nur eine praktische Theorie! So wird beispielsweise vor Otto Bähr's „Anerkennung als Verpflichtungsgrund" von 1858 in unserer Praxis selbst wie in unserer gesammten historischen Doktrin noch immer ein, heutzutage unpraktisches constitutum debiti, die cautio, quae indiscrete loquitur ꝛc. in vermeintlicher Geltung gewesen und gelehrt worden sein. Erst Bähr gebührt das Verdienst, aus dem heutigen gewohnheitsrechtlichen Zurechtbestehen des formlosen Anerkennungs-Vertrages die berechtigte Consequenz für das heutige lebende Recht gezogen und zur allgemeinen Erkenntnis gebracht zu haben, daß auch diese Formeln heutzutage überflüssig sind. Das adoptierte alsbald Praxis und Theorie: Damit erst war der Anerkennungsvertrag erfaßt und auch für uns, für Theorie und Praxis klarbewußt „gegeben". Aehnlich bei dem ersten Wiedererkennen des praktischen Besitzrechts des Detentor: des Pächters, Retentionsberechtigten, Gemeindegenossen ꝛc. ꝛc., im gemeinen praktischen Rechte (unter Ziffer IV II), welches der unmaßgebliche Verf. seit 1865 zuerst wieder isoliert als generelles selbstständiges Institut aus den Rechtsquellen und aus der älteren Praxis hervorzuholen und zu begründen versuchte. Auch hier war unsere Praxis, im Gegensatze zur Praxis der verflossenen Jahrhunderte, längere Zeit durch die irreführende romanistische Doktrin Savigny's von diesem, zuvor unbewußt geübten, in einzelnen Fällen selbst gesetzlich! wie überdies durch Gewohnheitsrecht begründeten, in der Praxis selbst entstandenen, wohlberechtigten Besitz- oder Detentionsrechte ohne animus domini bereits abgedrängt, obgleich dieses mittels Analogie sogar die Construktion einer generellen Besitzklage des Detentor gestattete. So war hier unsere Praxis vorerst selbst wieder zu dieser, von ihr selbst im Laufe des Mittelalters geschaffenen Besitzklage mittels positiver Gründe zurückzuführen! Diese generelle Besitzklage

Digitized by Google

ging alsdann nach ihrem Wiedererkennen wieder in die Praxis des Reichsgerichts und sonstiger Gerichte und in unsere Doktrin über, und war damit wieder „gegeben". — — Dies übersichtlich die Art, wie durch bloßes „Erkennen und Begreifen" ein Recht im allgemeinen gleichfalls erst für uns „gegeben" sein kann!

Die regelmäßigen Fälle nun, welche eigentlich hieher gehören, sind die Fälle, in welchen ein „besonderes praktisches" Recht zuerst: durch ein technisches „Erkennen" der Praxis innerhalb des „Präjudizes" allein entsteht, während es von einer Doktrin verkannt wird, die Fälle der zweiten Art; für dieses praktische Recht nun werden sich vielfältige Beispiele nach Art des § 2 I 2 finden lassen. — Interessant ist aber auch hier wenigstens, in welch mannigfacher Weise sich dieselben unter der Herrschaft und im Gegensatze zur irreführenden Lehre der historischen Schule, mühsam — trotz ihrer materiellen Berechtigung, namentlich infolge eines bestehenden Gewohnheitsrechts — bisher zu allgemeinerer Anerkennung emporringen müssen. — Die Fälle dieser Kategorie alle speciell entstehen durch ein stillschweigendes Fortschreiten eines technisch-juristischen Erkennens eines wahren, positiven Gewohnheits- und sonstigen Rechts innerhalb unserer Praxis allein und werden dann häufig eben anfänglich von unserer, vom Leben sich abwendenden, spaltenden historischen Doktrin und Schule grundlos aus den mannigfachsten, unglaublichsten Gründen nicht erfaßt — und befehdet, — bis sie allmälig in das allgemeine Verständnis durchsickern! Durch diese Entstehung eines besonderen praktischen Rechts und seiner Neubildungen entstehen eben alsdann in den betreffenden Instituten jene grundlosen Spaltungen zwischen Praxis und historischer Doktrin! Dies praktische, und zufolge seiner Stütze durch Rechtsquellen positive, Recht eben entsteht dann aber als besonderes praktisches zumeist nur infolge des Mangels eines principiellen „Erkennens" oder auch schon infolge einer nicht ausreichenden juristischen Technik seitens unserer historischen Schule, welche ihr Recht als Romanismus unter das Recht einer rein römischen oder sonstigen Vergangenheit subsumiert (einschachtelt), nicht aber zu positiven Construktionen befähigt ist; und zwar in folgender, wieder wechselnder Weise: — Bald nämlich vielleicht verbleibt ein, in Leben und Praxis allein erkanntes und gegebenes, praktisches Recht deshalb ein besonderes, von dem doktrinären Rechte verschiedenes Recht, weil unsere historische Doktrin — noch durch den Glauben an das alleinige Gegebensein eines Rechts der „Vergangenheit" des rein römischen ꝛc. Rechts — principiell der Erkenntnis jeder positiven Bewegung und Entwicklung im Rechte zu Neubildungen von der Art des § 2 I 2 entgegensteht und überdies in der positiven Technik zur Darstellung dieses positiv lebenden Rechts innerhalb einer praktischen Schule noch ungeschult ist. Dieser Theil der älteren historischen Schule „subsumiert" ebendeshalb alsdann dies Recht nur unter antikes römisches und sonstig vergangenes. Er schließt ein Erkennen und Construieren der, durch Gewohnheitsrecht ꝛc.

Digitized by Google

positiv gewordenen wahren Geschichte und Neubildung principiell als ungeschichtlich aus! Dann ist freilich möglicherweise für eine solche Doktrin ein solch wirklich positives Leben des Rechts im Präjudize der Gegenwart überhaupt gar nicht vorhanden und gegeben! Der Professor der älteren historischen Schule z. B. weiß alsdann principiell in seinem überlieferten Begriffshimmel noch gar nicht, daß außer seinem gelehrten, vermeintlich allein gegebenen oder positiven antiken römischen ꝛc. Rechte in einer Praxis — auf Erden — längst ein anderes Recht thatsächlich lebt und gilt! Er verkannte vielleicht dereinst die positiven Neubildungen von der Art des § 2 I 2 sämmtlich, welche das Leben pflegt und die Praxis erkennt, vollständig und trennt sich eben von dem Rechte der Praxis principiell durch ein gesondertes Recht von Antiquitäten! — Bald ersieht aber ein anderer Theil unserer Romanisten und Germanisten zwar das thatsächliche und selbst rechtliche „andere" Gegebensein der Neubildungen des lebenden Rechts sehr wohl. Aber der Romanist ist bisher nur mit den antiken, rein römischen, technischen Formeln zu operieren, zu rechnen gewohnt. In solche Formeln passen allerdings die Neubildungen des Lebens und der Praxis (§ 2 I 2) nimmermehr! Was geschieht? Einzig wegen der Mängel seiner formalen, antiquarischen Technik und auf Grund dieser todten, antiken Formel, welche er aber gleichfalls als eine historisch gegebene und unbewegliche erachtet, verwirft er nun die „Sache" des Rechts und entzieht seinem Volke das längst bei ihm gegebene und lebende, altehrwürdigste, materielle Recht des Präjudizes: Auch er trennt sich so von Leben und Praxis! Oder aber ein älterer Germanist des verflossenen Jahrhunderts etwa wollte dies heimische positive Recht construieren; er hat es in sein System aufgenommen. Aber auch er war noch ungeschult in der, wohl bis in unser Jahrhundert und bis zur Zeit Puchta's, Iherings, Gerber's ꝛc. nur in dem antiken Rom geübten Technik der „Construktion". Er weiß nur den Thatbestand des Rechts, die faktischen Verhältnisse darzustellen, nicht aber die technische Formel korrekt zu finden. Er versucht auch vielleicht selbst eine Construktion. Aber seine Construktion ist logisch weder haltbar, noch auch möglich. Wegen der Unbeholfenheit wenigstens seiner formalen Construktion fällt dann wieder dies allein positive Recht des Präjudizes bei andern Historikern, bei Begriffsjuristen! welches doch eine bessere Begründung und Darstellung wohl zuließe, wenigstens zeitweilig innerhalb der sich von der Praxis spaltenden älteren historischen Schule. Es fristet dann dies lebende Recht lang sein Dasein — unconstruiert, als getrenntes, besonderes praktisches Recht — innerhalb des Lebens und des Präjudizes der Praxis allein, bis es theoretisch besser construiert und dann etwa auch von der Doktrin adoptiert wird. — Oder endlich: die technische Formel eines positiv lebenden Präjudizes ist von einem Germanisten oder von einem Praktiker wirklich gefunden und von ihm tadellos construiert. Z. B. vielleicht eine Genossenschaft, das Besitzrecht des Detentor (letzteres v. unten Ziff. IV II). Aber auch dann ist dies

Digitized by Google

Recht für unsere historische oder sonstige gelehrte Doktrin möglicherweise bisher noch lange nicht gegeben! Der Fanatismus vielmehr eines Romanisten der herrschenden, älteren romantisch historischen Schule etwa, welcher an dem Rechte einer Vergangenheit aprioristisch doktrinär klebt, oder vor ihm vielleicht auch ein utopischer Naturrechtsphilosoph, auf Grund seiner subjektiven positiv nie gegebenen, aprioristischen Vernunftanschauung, negiert, verfolgt, zertrümmert, möglicherweise dennoch und trotzdem aus bloßer Tendenz die, technisch noch so correkte Formel einer positiv und geschichtlich lebenden Neubildung; ersterer vor der Oeffentlichkeit einer von ihm allein beherrschten Litteratur innerhalb einer Theorie, vielleicht nur mittels rein äußerlicher Mittel, tendenzgemäß; nur um einem aprioristisch von ihm selbst erfundenen Götzen: entweder eben eines vermeintlich geltenden Rechts einer „Vergangenheit" oder: unbewußt naturrechtlichen Ideen huldigen zu können! Eine Clique schließt sich an. Man beseitigte dann eine Zeit lang dies allein positiv lebende Recht innerhalb der Doktrin durch Ausschließen von der, von solchen Extremen beherrschten Lehre und Litteratur. Auch selbst die, der älteren historischen Schule angehörigen Germanisten brachten dereinst alsdann vielleicht aus Rücksicht auf die äußere Zusammengehörigkeit, auf die Clique der historischen Schule, dieser letzteren das Opfer des Intellektes und des altehrwürdigsten heimischen Institutes. Der Erfolg ist da wieder: dies „gegebene" positive Recht findet in einer Doktrin nirgends Anerkennung, sondern nur als besonderes praktisches Recht, nur im stillschweigenden „Präjudiz"! — Dies aber die verschiedenen Möglichkeiten des Fortbestehens einer „Spaltung" speciell eines besonderen praktischen Rechts neben einem doktrinären!

Interessant ist dann wieder, wie die Tendenz manchmal sogar bewirkte, daß man in der Theorie ganz dasselbe Institut einer Neubildung bald anerkannte, bald nicht anerkannte und verwarf. Z. B. das erwähnte Besitzrecht des bloßen Detentor ohne animus domini enthält: sowohl das Besitzrecht des Lehensvasallen, als vielleicht Dutzende anderer Formen der Detention ohne animus domini, z. B. das Besitzrecht des canonischen Pfründebesitzers, Gemeindegenossen, Faustpfandbesitzers, Retentionsberechtigten, Pächters, Miethers, Depositars ꝛc. ꝛc. (cf. § 2 IV II). — Das eine Detentionsrecht des Vasallen aber, (dieses accessorische dingliche Recht, dessen causa fast alle denkbaren Nutzungsrechte des Eigenthümers oder einer Nutzung fast wie der Eigenthümer, neben Reallasten umfaßt, ohne doch selbst Eigenthum plurium in solidum sein zu können), wußte man nicht als Besitzrecht zu construieren; einfach, weil man die antike römische possessio für Besitz hielt und weil diese einen animus domini erforderte! Der Gepflogenheit der Glosse und der historischen Schule gemäß hätte man also das, so bis auf den heutigen Tag begrifflos gebliebene Institut einfach verdammen müssen. Da aber trat ein vis major ein! Der Magister behielt dies eine unbegriffene, undefinirte Detentionsrecht bei, obwohl man

Digitized by Google

es nicht zu construieren verstand. Denn dies Lehenrecht „beherrschte" den ganzen mittelalterlichen Lehensstaat als Besitzrecht, zumeist die germanischen und romanischen Besitzverhältnisse an Grund und Boden; dessen Lehensconcense ferner ersetzten zum Theil sehr praktisch das moderne Hypothekenrecht ꝛc.; und der Magister seit der Glosse durfte es nicht so ohne weiteres „unterschlagen" und todtschweigen; dazu wäre es politisch wie privatrechtlich zu wichtig gewesen! Man erkannte es also als technisch unerkanntes Recht an und beugte sich so der Lehensgesetzgebung wie dem Bedürfnisse! Aber wie half sich bis auf den heutigen Tag auch da der Professor einer historischen Schule? Jede Rechtsdisciplin verwies das Recht aus ihrer Lehre hinaus zu besonderer Darstellung, weil sie keine Formel fand! Der Romanist schob das Institut zu dem Germanisten hinüber, der Germanist aber machte daraus eine ganz besondere Lehre fast mit besonderem Systeme. So gab es auch noch neuere Neubildungen des Lebens, welche man nicht alle gleich zu construieren wußte; so das ganze deutsche Privatrecht überhaupt, dann das Handels-, Wechsel-, Berg-, neuerdings etwa das Socialrecht der Arbeiterversicherung. Diese alle verwies man möglicherweise in eine ganz besondere Lehre; und unser lebendes, in seiner Wirklichkeit doch nur mit einem Leibe ausgestattes, »corpus« juris hatte jetzt wohl bald ein halb Dutzend Leiber, Systeme mit möglicherweise ganz verschiedenen Köpfen, welche man auf einem Jahrmarkte recht wohl hätte als Naturwunder anstaunen lassen können! Alles; weil man nicht construieren konnte! — So aber nur diese eine species des Besitzrechts des Detentor! Bei dem sonstigen Detentionsrechte ohne animus domini aber kam die Tendenz zum Durchbruch. Dem modernen romanistischen Besitzrechte war die Monographie Savigny's selbst zu Gevatter gestanden. Diese identificierte Vergangenheit und Gegenwart ließ infolge Mißverständnisses der römischen possessio als Besitz nur ein heutiges Besitzrecht mit animus domini zu! Der Erfolg war, daß nun die ganze Clique der historischen Schule (§ 1, 5 II, § 1, 9 I, § 3, II B 3) alles übrige Besitzrecht des Detentor, welches noch heute den größten Theil unseres heimischen Grundbesitzes inne hat, (§ 4 A) einfach mit kaum je dagewesener Vehemenz, wie ein Unrecht! ganz aus ihrer Litteratur wie selbst aus der Praxis hinaus verbannte und verdammte; obgleich doch selbst in einer „Gesetzgebung"! des Lehens-, canonischen und Reichsrechts und überdies in einem reichen Gewohnheitsrecht dasselbe Recht positiv begründet war! Bis dies gesetzliche ꝛc. Recht nach den ersten Wiederbegründungsversuchen durch den Verf. seit 1865 von der Praxis und nach Widerstreben mehr und mehr von der Doktrin, ganz zuletzt wider Willen und unter Verschweigung des Namens des Verf. auch selbst von Windscheid (Pand. erst in der 6. Aufl, § 162a S. 545 mit Noten 7 b, cf. unten § 3 IV 4) wieder in Gnaden aufgenommen wurde! Selbst nachdem es der erste deutsche Gesetzentwurf von 1888 als selbständiges Recht erkannt hatte, wußte es der Einfluß einer Doktrin im zweiten Gesetz-

Digitized by Google

gebungsentwurfe wieder mit dem Eigenthumsbegriff possessio zu vermengen! (§ 2 IV II und § 9). So wurde infolge Tendenz dieses Besitzrecht des Detentor bald als reales Recht erkannt, bald nicht!! — Vollends das relative Eigenthum des römischen possessio, trotz seiner streng geschichtlichen Begründung im classisch römischen Recht, weil es ein Meister der Schule, Savigny, verkannte und nicht ein Professor dieser Schule, sondern ein Praktiker, zuerst geschichtlich nachgewiesen (vergl. § 2 IV II mit erster Note), ist heutzutage noch nicht von unserer Jurisprudenz wieder „erkannt" und lebt unerkannt in Leben und Praxis ꝛc. zur Zeit noch nur als besseres Recht ꝛc.

Dies die verschiedenen Variationen einer Spaltung von Theorie und Praxis, infolge sich Bewegens und Aenderns des Rechts, welche fortbestehen muß, so lange unserer Doktrin nicht eine bessere realistisch geschichtliche Schule zur Seite steht, als unsere stabile historische Schule eines Rechts einer „gesammten Vergangenheit": zum Schaden der Sache des Rechtes wie der Wahrheit unserer Theorie selbst!

b) Weitere Nothwendigkeit einer Fortdauer der materiellen Spaltung der historischen Schule von der Praxis schon infolge ihrer verschiedenen „Principien". — Auch dann schon, wenn die historische Schule ihr bekanntes, fundamental spaltendes Schulprincip nicht direkt ausgesprochen haben würde, daß ihr Recht (nicht durch das „Leben", sondern) durch die „gesammte Vergangenheit" gegeben sein sollte, huldigt diese Schule doch noch einer Reihe von anderen Grundsätzen, welche diese gleiche Consequenz und gleiche Spaltung principiell nichtsdestoweniger bewirken müßten. — Freilich müssen wir dabei erläuternd in voraus wieder folgendes bemerken: Bereits Ihering hat ja längst mit Recht betont, wie sich in Savigny's näherer Begründung der historischen Schule fortwährend eine Doppelnatur, wenn man will, eine Zweiseelentheorie zeigt. Derselbe Umstand hat ja auch schon seit dem Jahre 1865 den Verf. veranlaßt, Savigny als großen Cunctator zu kennzeichnen! Die Prämissen nämlich seines historischen Lehrgebäudes, wie wir schon im Vorworte betont und sofort (Ziff. III a) wörtlich sehen werden, zeigen auf ein reales Leben, auf Bewegung und Selbstentwicklung des positiven Rechtes hin, gleich unserem praktischen Rechte. Nur die Anwendung des Rechtes dagegen zeigt bei ihm umgekehrt auf einen Stillstand in einer „gesammten Vergangenheit!" Man darf uns also, sobald wir die Principien suchen wollen, welche die historische Schule von Leben und Praxis spalten mußten, nicht einwenden, Savigny's Lehrgebäude zeige ja auch solch' andere Grundprincipien, gleich denen unserer Praxis. Denn für uns handelt es sich nur um die Erreichung eines wahren „Resultates" und eben deshalb nur um die Frage: welches Recht hat die Schule Savigny's thatsächlich zur Geltung gebracht oder angewendet? Gleichgültig wird es demzufolge für uns sein müssen, wenn Savigny nur hie und da auch theoretisch einzelne wahre Schulprincipien lehrt, dieselben aber in einer Wirklichkeit nicht anwendet. Diese wirklich angewendeten Grund-

Digitized by Google

principien also unserer historischen Doktrin werden wir in's Licht ziehen müssen, um zu ersehen: wie konnten zwischen seiner Theorie und Leben, wie Praxis, so tiefe Gegensätze entstehen? Um dies nun zu können, werden wir uns in der Folge auch nicht blos auf dessen principiellen rein theoretischen Schul- und Streitschriften, sondern u. A. hie und da auch auf deren Anwendungen in dogmatischen Schriften Savigny's beziehen müssen; so beispielsweise auf Savigny's System, Zeitschrift, Recht des Besitzes.

α. Andere concludente, materiell spaltende Anwendungsprincipien der historischen Schule, abgesehen von ihrem direkten Satze: Das Recht ist durch die gesammte Vergangenheit gegeben. — Wie schon in § 1 Ziffer 5 angedeutet, verwechselt erstens Savigny durchgehends und principiell auch schon eine bloße „Entstehung" eines Rechts mit dessen heutigem Bestehen, Leben oder Gelten. (So u. a. in s. verm. Schriften Bd. 4, XL, dann in seinem Berufe unserer Zeit von 1814 Absch. 1 vorletzter und letzter Absatz, dann im Titel des Abschnitt 2, 3. Aufl. S. 6, 7, 8, ferner in seinem Systeme I § 7 S. 13 ff. ꝛc.) Schon deshalb mußte er im Principe möglicherweise zu einem Rechte der „Vergangenheit" und zu Antiquitäten, zu einem principiell andern Rechte gelangen, als dem lebenden Rechte unserer Praxis. Denn deren „lebendes" Recht kann im Principe nicht ein Recht des Entstehens innerhalb der „Vergangenheit", sondern nur ein Recht des Bestehens innerhalb einer Gegenwart sein, weil ja das entstehende Recht der Vergangenheit nicht nothwendig ein lebendes, sondern auch ein erstorbenes sein kann. Auch Gerber und Bekker bemerkten dies (§ 3 IV, 2). — Nur von diesem, dem Leben und der Praxis conträren Grundprincipe ausgehend, konnte u. a. Savigny bei der Feier des Doktorjubiläums Hugo's (verm. Schriften Bd. 4, XL, sowie System I Vorrede S. XI) zu jener weiteren bekannten, vielgerühmten Mahnung gelangen: „jeder Begriff und jeder Rechtssatz sei um seine Herkunft zu befragen": zu der alleinigen Mahnung also wieder zur Erforschung des früheren Entstehens, nicht des eigentlich entscheidenden heutigen Bestehens oder Geltens eines Rechts! In Wirklichkeit ist auch sie ungenügend: Es entscheidet nur das Leben, weil das Leben sich bewegt, und dieses Princip schon mußte die Theorie Savigny's und der Praxis spalten!

Zweitens geht Savigny durchgehends von der, im allgemeinen richtigen, aber auch concret principiell schwer täuschenden Vorstellung aus, als ob im Rechte immer ein „Zusammenhang", eine Fortsetzung und Entwicklung zu einer Einheit bestehe, und daß deshalb eine Identität der Produkte der „Vergangenheit und Gegenwart" als Glied eines höheren „Ganzen" bestehe, als ob es kein abgesondertes Dasein gebe ꝛc.! (System I Vorrede S. XV, Zeitschr. I S. 3). — Schon dies ist wieder eine Verwechslung und ein Zusammenwerfen (cf. § 1, 5 II) einer, vielleicht nicht immer sogleich wechselnden Gattung mit der häufiger wechselnden Species oder dem stets wechselnden Individuum;

Digitized by Google

eine Verwechslung des zusammenhängenden ewigen Weltalls vielleicht mit den einzelnen, concreten, stets örtlich und zeitlich wechselnden Gebilden oder Produkten dieses Alls; eine Verwechslung des absoluten Göttlichen mit einer blos menschlichen Arbeit und Auffassung: eine Verwechslung des Kreislaufs der Weltgesetze mit deren concreten Aeußerung und Ausprägung, der ewigen Schöpfung mit dem concreten, einzelnen Leben eines möglicherweise stets verschiedenen Produktes. — Beispiele! — Der Stamm ist zwar stets die Fortsetzung eines Urstoffs, dann seines Samens und Keimes der Pflanze; das Thier, der Mensch seines Samens und Eies ꝛc. Aber gibt es deshalb nicht doch verschiedene Stämme, nicht doch ein immer neues Frühlingsschwärmen zahlloser Thiere, neue Menschen, neue Gedanken, ein Brechen mit alten Traditionen und Anschauungen? Und ist eben dann nicht doch die concrete praktische Gestaltung immer wieder eine andere, als die derselben Erscheinungen in einem allgemeinen Entstehen der Welt oder in der Vergangenheit? — Jeder neue Stamm also, jedes neue Blatt wird wenigstens neue Formen, jedes neue Thier wird wieder neue Farbe, Größe, andere Neigungen, jeder neue Mensch ein anderes Gesicht, einen anderen Habitus, Charakter, anderes Streben, andere Geistesanlagen haben können: Nicht jeder ist ein Socrates, Plato, Cäsar, Napoleon, sein System, seine Philosophie und Geschichte kann stets eine andere sein! — Die hier in Betracht kommenden Individuen sind also trotz des allgemeinen Zusammenhangs der Geschichte aus einem doppelten Grunde principiell verschieden bei ihrem Entstehen in der gesammten Vergangenheit und bei ihrem Sein in der praktischen Gegenwart: — Denn einmal ist das Individuum an sich schon ein, im Verlaufe seiner Entwicklung sich änderndes: Der Samen der Pflanze ist etwas anderes als das sich entwickelnde Pflänzchen und der aus ihm sich entwickelnde mächtige Stamm; das Ei etwas anderes, als die spätere Raupe, die alsdann folgende Larve, der sich später in der Sonne wiegende Falter; endlich die sich metamorphisierende Lurche etwas anderes, als das, sich aus ihr bildende Amphibium des Frosches ꝛc. Schon innerhalb des Individuums selbst also unterscheidet sich principiell das Entstehende der Vergangenheit und das Bestehende der Gegenwart! — Ueberdies entstehen aber zweitens auch zu verschiedenen Zeiten immer wieder von den ersten verschiedene Arten und Varietäten von Individuen: neue Pflanzen, neue Thiere, Völker ꝛc. Denn auch einzelne Pflanzen, vorsintfluthliche Thiere, Krankheiten verschwinden vielleicht vollständig aus der Welt, andere degenerieren wieder, andere entstehen durch Kreuzung ꝛc. völlig neu. In jedem Falle aber stirbt principiell fortwährend das Individuum selbst, und an seine Stelle treten in dessen Erbe andere Individuen mit anderem Körper, beim Menschen andere Menschen mit anderem Körper und Geist. Und kein solch' lebender Organismus gleicht völlig dem anderen! — — So ist es auch wohl im lebenden und praktischen Rechte infolge der Bewegung des Lebens des Rechts

Digitized by Google

wieder unwahr, daß infolge des „Zusammenhanges" der Geschichte das Recht der gesammten Vergangenheit: der römischen XII Tafeln, unsere leges barbarorum, eine Carolina ꝛc. im Principe „positiv" noch für uns gegeben ist. So mußte auch dies angewendete Princip des Zusammenhanges des Rechts der Schule Savigny's im Individuum wie auch im Principe fortwährend wieder nothwendig zur Spaltung von historischer Theorie und Praxis führen!

Zu diesem principiellen Identificieren von Vergangenheit und Gegenwart ist Savigny drittens auch schon dadurch verleitet worden, daß er wohl durchgängig nur an eine, allerdings gleichfalls öfters wahre „Selbstentwicklung" des Rechts glaubt. Nicht blos der Verf. aber hat principiell 1865 betont, daß nur theilweise eine friedliche Selbstentwicklung des Rechts vorliege, theilweise aber mühe- und kampfesreiche Entstehung des Rechts! (Vgl. schon des Verf. „praktische Bedürfnisse der Rechtsreform gegenüber der historischen Schule" 1865. z. B. S. 42 ff.). Sondern bald darauf hat vor allem auch Ihering in seinem „Kampfe um's Recht" diesen Gedanken ausgeführt und den einseitigen Quietismus der historischen Schule verurtheilt! In der Wirklichkeit ist ja jede Entstehung und Entwicklung des Rechts nicht eine einfache, sondern richtiger eine zweifache: bald eine friedliche stillschweigende Selbstentwicklung, bald aber auch der, von Ihering betonte „Kampf ums Recht"! In beiden Fällen kann aber die Bewegung und Entwicklung der Gegenwart ein concret anderes lebendes Produkt zu Tage fördern, als die gesammte „Vergangenheit", und so selbst eine Spaltung der Theorie der historischen Schule und der Praxis. — Bei der kampfesreichen Entstehung nämlich des Rechts unterliegt dies wohl keinem Zweifel! Das Kampfrecht, welches die Plebejer in ihrem „Kampfe" mit der eingesessenen Volksabstammung der „Patricier" errangen, während beide sich zu einer neuen Volksgemeinschaft der cives vereinigten und: zu einem jus civile, welches nach den schweren Kämpfen seine Aufzeichnung in dem starren jus civile strictum der XII Tafeln fand, war mit seiner controlierenden mancipatio, in jure cessio ꝛc. zweifellos ein anderes, als das Recht der Vergangenheit, als das frühere Recht der alleinigen Occupation des eroberten ager publicus mittels possessio durch die ältesten Patricier u. s. w. u. s. w. — Aber selbst auch bei einer friedlichen Selbstentwicklung ist, wie gesagt, eine Verschiedenheit des Werdenden der Gegenwart mit dem Gewordenen der Vergangenheit möglich und entscheidet im Principe nicht die Entstehung in der „Vergangenheit!" Beispiele haben wir soeben berührt. Neue Pflanzen, neue Stämme, neue Thiere, wie gesagt, werden sich unter ewigen gleichen Gesetzen von selbst entwickeln, als concret andere und neue bewegen, und als neue erkennen lassen. So auch im Rechte. So muß auch wieder der Irrthum Savigny's, daß eine Selbstentwicklung gerade wieder zu einer gesammten, concret gegebenen Vergangenheit Roms ꝛc. zurückführen müsse, seine Schule fortwährend vom Leben spalten!



Digitized by Google

Das gegentheilige Grundprincip der historischen Schule von der Entstehung, dem Zusammenhange und der Selbstentwicklung des Rechts der gesammten „Vergangenheit" involviert demzufolge viertens auch, wie schon zu § 1 Ziff. 5 II berührt, eine principielle Verwechselung des Gegebenen mit den allgemeinen materiellen und formalen „Elementen und Urstoffen" des Rechts. Alle Organismen entstehen zwar aus vielleicht ewig unveränderlichen Urstoffen: Sauerstoff, Stickstoff, Kohlenstoff, Wasserstoff ꝛc. So auch das Recht zwar aus den ewigen Elementen etwa: der Geschichte und des Naturrechts, des Personen-, Sachen- und Obligationenrechts, aus den formalen Begriffen: Klagen, Einreden ꝛc. Diese Elemente sind nun zwar allerdings vielleicht durch die Vergangenheit unverändert gegeben; nicht aber auch das Produkt der, aus diesen ewig unveränderlichen Urstoffen und Formen bei dem concreten Volke neu erzeugten einzelnen Organismen: nicht die concret erzeugten und absterbenden Pflanzen, Menschen und das Recht: dessen Institute, Rechtssätze, wie die Beispiele des § 2 I 2 ꝛc. ꝛc. ergeben! In dem Produkte selbst giebt es dann wieder Verschiedenheiten von Same, Wurzel, Krone und Stamm. Denn wir bauen doch unsere Häuser mit dem Stamme, nicht mit dem Samen und der Pflanze ꝛc.! — Dies gegentheilige Grundprincip ist fünftens eine principielle Verwechselung der „Zeit" der concreten Aeußerung eines Gesetzes, Gewohnheits- und wissenschaftlichen Rechts, mit den ewigen Naturgesetzen, mit den Gesetzen eines Aufblühens und Verfalls, mit den ewigen Gesetzen der Entstehung und des Unterganges innerhalb der Zeit: Auch diese Gesetze des Flusses und Wechsels der Zeiten mögen ewige sein: nicht aber das Recht, welches diesem Gesetze des Wechsels unterliegt! Bedarf denn nicht auch jedes Recht wegen seines zeitlichen Lebens, sich Bewegens und Aenderns nach Zeitintervallen immer wieder einer neuen Aufzeichnung: eines neuen Gesetzes, eines neuen Präjudizes, eines neuen Lehrbuches? Oder, wie gesagt, hat auch selbst unser Professor der historischen Schule von jeher nur nach alten Scharteken, nicht nach „seinen" neuesten Auflagen dociert? Auch der Zeit nach ist also die gegentheilige Anschauung der historischen Schule wieder eine principielle und spaltende Verwechselung. — Selbst wenn uns damit Savigny sagen wollte, das positive Recht habe sich allerdings in der Geschichte der Vergangenheit bewegt und entwickelt, für uns aber gelte das bereits feststehende Entwickelte, Stabile jener positiven Vergangenheit, so ist, wie schon erwähnt, selbst auch dies erst recht eine spaltende Unwahrheit und trifft auch dies erst recht nicht mit den Wahrheiten und Gesetzen des gegebenen Lebens einer Zeit zusammen: Denn warum sollte sich das lebende Recht nur in der Vergangenheit bewegen und nicht, wie alles Leben der Zeit und ihr Zeitmesser, auch in der Gegenwart?

Diese verschiedenen Variationen von Verwechslungen von Vergangenheit und Gegenwart, Stoff und Leben durch Savigny sind

Digitized by Google

aber nicht die einzigen Principien, welche die Spaltung seiner Schule von Leben und Praxis erklären. Es gibt noch andere! So, daß Savigny im Programm seiner Zeitschrift f. gesch. Rechtsw. (Bd. I 1815 S. 12) Aufsätze von blos praktischer Beziehung, somit lebendes Recht wieder direkt von seiner Lehre im Principe ausschließt; daß er seine Rechtsdarstellung in seinem System auf „rein römisch" canonische und ältere Reichsgesetzgebung, somit gleichfalls auf vergangenes Recht beschränkt, höchst sporadische Fälle von frisch anmuthendem Zuge, (wie die bekannte Lehre von heutiger Ehrlosigkeit und Infamie Syst. II S. 225, 149 ꝛc.), ausgenommen; daß er den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung negierte; denn wozu sollte er eine neue Darstellung des Rechtes perhorrescieren, wenn ihm nicht alles Recht in der Vergangenheit schon tadellos feststände. Andere Gründe ergeben sich uns noch in § 3 II A, und dann bleibt noch der spaltende äußere materielle Grund: Savigny mußte Antiquitäten lehren, um damit vermeintlich den Staat zu retten. „Politik" war das Hauptprincip seiner Spaltung (§ 1 Ziff. 4 II). — Alles das schon ergibt materiell, daß die Principien der Schule Savigny's unsere Theorie und Praxis auch dann gespalten haben müßten, wenn er den spaltenden Satz: das Recht ist durch die gesammte Vergangenheit der Nation gegeben, nicht direkt ausgesprochen hätte! — Ein formeller derartig principieller Spaltungsgrund indessen ist noch speciell hervorzuheben! —

β) Abgesehen von diesen materiellen anderen Grundprincipien wendet endlich Savigny gleichzeitig — infolge des falschen Grundprincipes — principiell auch andere „formale Rechtsquellen" an. Auch diese müssen schon an sich wieder fortwährend ein anderes materielles Recht ergeben, als die wirklich positiven Rechtsquellen, welche dem Leben und der Praxis maßgeben, und mußten diese von seiner Lehre spalten! Verführerisch für seine Schule war es daher gewiß auch schon, daß er es gar nicht tadelt, daß die wirklichen „Rechtsquellen" des positiven Dogma mit den sogenannten wissenschaftlichen Quellen der bloßen Rechtsgeschichte und seiner Antiquitäten unter einem gleichen „Ausdrucke" bezeichnet werden. (Sav. Syst. I § 6 S. 13). Schon dies konnte zur Identificirung von Rechtsgeschichte und Dogma verleiten, zu der Meinung, als ob die Wissenschaft eines positiven Rechtes etwas anderes zu erstreben habe, als Quellen des „lebenden" Rechtes zu deklarieren! In der That zeigen sich ja auch diese nicht positiven Quellen innerhalb der historischen Schule, im Gegensatze zu den wirklich positiven Rechtsquellen seitens der Praxis, in vollständiger, klarer Anwendung! Die, für uns wirklich positiven Rechtsquellen nämlich sind ja doch anerkanntermaßen nur: ein für uns publiciertes Gesetz, ein bei uns geübtes Gewohnheitsrecht ꝛc. Diese allgemein anerkannten Rechtsquellen allein wendet unser praktisches Recht an. Nun dürfen wir da aber nur die sogenannten Quellenverzeichnisse vergleichen, welche selbst den dogmatischen Schriften der historischen Schule regelmäßig am Schlusse beigefügt sind z. B.:



Digitized by Google

Savigny's System, Besitz ꝛc., somit Schriften, welche nicht etwa blos Rechtsgeschichte, sondern geltendes, positives Recht zu lehren bestimmt sind. Hier unterscheidet die historische Schule selbst dogmatisch nicht mehr, wie Savigny in seinem Systeme I § 6 S. 11 ff. wenigstens noch vor hat, zwischen „geschichtlichen Quellen" und „Quellen der Rechtswissenschaft!" Wie könnte es aber eine dogmatische „Rechtswissenschaft" der historischen Schule geben, welche eine nicht positive sein soll! So wenden Savigny's positive Schriften trotzdem unpositive Quellen an: Diese Schriften ergeben so klar, daß sie als Quellen ihres positiven „Dogma" eine, nicht glossierte, vorjustinianische Jurisprudenz: einen neuentdeckten Gajus, vaticanische, Ulpians Fragmente, ferner im deutschen Privatrechte: leges barbarorum, Sachsen-, Schwabenspiegel ꝛc., als heutige Quellen verzeichnen und anwenden! Würde nun Savigny's Schule solche antiquarische Quellen lediglich als Interpretationsbehelfe für die Ermittlung des Gedankens eines, noch fortbestehenden recipierten historischen Rechtes benützen, oder allenfalls als bloßes wissenschaftliches oder Juristenrecht, zufolge der in diesen Ueberlieferungen möglicherweise enthaltenen, besseren inneren Gründe, dann würde ja gegen deren Anwendung principiell kaum etwas zu erinnern sein! Aber sie unausgeschieden als Quellen zu bezeichnen, ist mindestens ein formeller Fehler mit Gefahren für das materielle Recht. Denn Rechtsquellen, unmittelbar anzuwendendes Gesetz, Gewohnheitsrecht, selbst innere Gründe ꝛc. sind solche antiquarische, vorjustinianische, altgermanische ꝛc. Quellen offenbar nun einmal an sich nimmermehr! — Wie irreführend dieser Umstand ist, beweist auch die umgekehrte Thatsache: Während nämlich die historische Schule mit großer Feierlichkeit solche antiquarische Quellen wie positive anwendet und in Quellenverzeichnissen verzeichnet, wendet sie in der That umgekehrt lebende, wirklich positive Rechtsquellen *nicht* an: Niemand wird beispielsweise bezweifeln, daß unter den Beispielen von Neubildungen der Praxis in § 2 I 2 für jedermann greifbares, wirkliches heutiges, allbekanntes, praktisches Gewohnheitsrecht sich findet. Diese von Savigny vor allem berechtigt anerkannte Rechtsquelle nun wendet er, faktisch wenigstens, nicht an; obwohl sie das Präjudiz bereits bequem verzeichnet; im Gegentheil verweist er diese Praxis aus seiner Lehre, indem er und seine Schule, wie erwähnt, das praktische Recht oder Präjudiz fanatisch ausschließt, welches doch nur zugleich dies Gewohnheitsrecht verzeichnet!

Auf diese Weise ergeben sich mehrfach schon äußerlich die Gegensätze spaltender, materieller wie formeller *Principien*, welche innerhalb unserer Praxis ein lebendes und innerhalb unserer historischen Doktrin ein vergangenes, infolge der Bewegung des Rechtes principiell unwahres Recht zeigen! Sie erklären die Nothwendigkeit, wie der letzteren Lehre Theorie und Praxis fortwährend spalten mußte — auch dann, wenn sie den spaltenden Satz nicht direkt ausgesprochen hätte: daß das Recht durch die gesammte Vergangenheit gegeben sei.

Digitized by Google

γ) Endlich ist es ja bekannt, daß uns Savigny auch geradezu und ausdrücklich *geständigt*, daß er das spaltende Grundprincip eines Rechtes einer gesammten „*Vergangenheit*" anwendet, welches eben nicht selten der diametrale Gegensatz zum gegebenen oder positiven Leben des Rechtes ist, und welches so das Recht seiner Schule von dem Leben und dessen Copie, der Praxis des Rechtes, auch in aller Zukunft spalten müßte: dies direkte Geständnis eben enthalten dessen bekannte, oft citierte Worte: „Die geschichtliche Schule nimmt an, der Stoff des Rechtes sei durch die gesammte *Vergangenheit* der Nation gegeben." (Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. 1815 I S. 6). Was „Stoff" oder „Materie" des positiven Rechtes ist, und wie diese sich fortwährend gegenüber der „Vergangenheit" bewegt, ändert, das haben wir soeben in Ziffer IIa ersehen! — Der Erfolg? — Die Entstehung und Entwicklung dieser überlieferten, „vergangenen Geschichte" vermag zwar das Gegebene oder Positive zu erklären, sie ist auch zweifellos die beste, ja die einzige Lehrmeisterin alles künftig Werdenden. Aber jetzige gegebene Geschichte, jetzige Herrscherin und positive Wirklichkeit ist sie als solche und im Principe doch niemals: die vergangene Geschichte herrscht nicht als solche, sondern nur so weit, als sie noch unverändert fortlebt; nicht die Vergangenheit, sondern das gegenwärtige *Leben* ist der Grund ihres Geltens! Nicht nothwendig, nur zufällig ist sie identisch mit dem Leben oder der Gegenwart! Nur Zufall also ist es, wenn Savigny auf dieser Basis auch das wirklich gegebene oder positive Recht trifft und erkennt, welches positiv lebt. Denn letzteres kann ja auch ein anderes, als das überlieferte einer gesammten Vergangenheit oder eine jener Neubildungen sein, welche im Leben sich unwillkürlich erzeugen und welche unsere Praxis erfaßt! (§ 2 I 2). — In der Wirklichkeit zeigt ebendeshalb so auch, soweit ein gewordenes Recht der Gegenwart das wahre positive ist, für das positive Leben und die Praxis *keine der dogmatischen Schriften Savigny's verlässig* das heutige gewordene *Positive*: weder sein System, noch seine Zeitschrift, noch sein Recht des Besitzes! Sie würden in der Anwendung die Spaltung perpetuieren! Populärer gesagt, zeigt sich vielmehr, daß die Praxis die Schriften eines Savigny ꝛc. nicht brauchen kann, ohne gleichzeitig eine Präjudiz zu vergleichen, welches eben das Leben des Rechts die Gegenwart zeigt! Die Schriften der Schule Savigny brechen vielmehr regelmäßig gerade da ab, wo die wirklich positive Untersuchung des heutig Gegebenen und Geltenden beginnen sollte: nach der Schilderung der gesammten Vergangenheit! Sie stehen so im diametralen Gegensatze zu Präjudize, welches gerade umgekehrt concludent-principiell das rein römische Vergangene als gegenstandslos beseitigen, und nur das, in der „Gegenwart" Gegebene und Geltende auf Grund der Rechtsquellen einschließlich der Neubildungen *als Dogma* (§ 2 I 2) beachten muß! Hier ist ja Savigny wohl auch keineswegs beispielsweise durch die Ausflucht principiell entschuldigt, daß er nur „heutig römisches" Recht darstellen wollte. Denn das heutige System über-

Digitized by Google

haupt ist ein „organisches“ anderes; ähnlich wie der concrete ganze Mensch der Gegenwart mit Geist und Körper ein anderer Organismus sein kann, als der antike Römer! Auch der Ausdruck heutig-römisches enthält also einen schon erwähnten principiellen Widerspruch in sich selbst: Denn was heutig ist, ist nicht mehr römisch, und was römisch, nicht mehr heutig! Wenn Savigny den heutig gegebenen Menschen mit seinem Wollen und Treiben darstellen will, kann er nicht den reinen antiken Römer schildern! Und weil auch unser Recht nicht mehr römisch, durfte Savigny, um positives zu bieten, eben nicht mehr den römischen, sondern nur den heutigen, einen Rechtsorganismus der positiven Gegenwart darstellen! Aus all' diesen Gründen muß sich seine Lehre von Leben und Praxis, von dem gegebenen Rechte auch principiell fortwährend spalten!

III. Erklärung des Fortbestehens der materiellen Spaltung zwischen Theorie und Praxis aus Savigny's eigenen „Prämissen und Gleichnissen“. —

Bisher haben wir die „Thatsache“ sowie die „Art und Weise“ des Lebens und sich Bewegens des Rechts empirisch näher nachgewiesen. Die beste „Erklärung“ aber der Unwahrheit der historischen Schule eines „vergangenen“ Rechts und ebendeshalb der Nothwendigkeit einer Spaltung von Leben und Praxis von dieser historischen Schule ergeben schon a. die eigenen Prämissen und b. die eigenen Gleichnisse der historischen Schule! Und was könnte uns auch die Nothwendigkeit einer Fortdauer einer Spaltung der historischen Doktrin und Praxis besser illustrieren, als diese eigenen Gründe Savigny's?!

a. Vor allem nun ergeben die eigenen, empirisch wahren „Prämissen“ Savigny's, wonach alles Recht lebt und sich ohne ewigen Stillstand bewegt, daß dies „lebende“ Recht durch die gesammte „Vergangenheit“ unserer Nation nicht gegeben sein kann, und daß das ein Grund zu fortwährender Spaltung seiner historisch „vergangenen“ Lehre von Leben und Praxis sein muß. — Zwar mag der Satz der Griechen zu modificieren sein, daß alles gleichmäßig „Fluß“ sei; er ist insoweit wahr, daß die Organismen leben, und in ihrem lebenden Körper theils flüssigen Saft, ein Blut, bei dem Menschen auch flüssige Vernunftgründe, theils aber feste Körper einer Geschichte bergen, welche sich allerdings beide entwickeln, bewegen, wachsen oder verfallen. Aber daß ein Recht oder irgend ein anderer Organismus stabil durch eine gesammte Vergangenheit allein gegeben sein sollte, oder daß nur die Vergangenheit sich bewege, das Leben nicht mehr, dies widerspricht doch der Erfahrung, welche, wie gesagt, zeigt, daß auch das Vergangene nicht mehr Leben, sondern todt sein kann! Dieser Widerspruch also zwischen der Prämisse und der Folgerung der Schule Savigny's: zwischen Leben und Vergangensein ist schon nach den Worten des Dichters unheilbar: Pfeilschnell ist die Gegenwart verflogen; ewig still steht die Vergangenheit! Das Leben aber ist Gegenwart! Die Bewegung des Lebens dieser jeweiligen Gegen-

Digitized by Google

wart zwar mag unmerklich sein, wie beispielsweise die eigene Entwicklung des Lebens des Menschen, seiner Gestalt, Sitte und Sprache, das Kreisen unserer Erde im Weltall, die unschätzbare, vielleicht nach vielen Millionen von Jahren immer wiederkehrende Eiszeit unserer Erde. Aber Stillstand in irgend einer Vergangenheit ist das Leben nie: weder seine Blüthe- noch seine Eiszeit!

Diese so vielfach wahren, hieher bezüglichen Prämissen des Principienbaues Savigny's, (Beruf unserer Zeit, 3. Aufl. S. 30, 8, 11, 13, 14), nun lauten wörtlich so: Das Wesen des Rechts ist nur „das Leben des Menschen selbst von einer besonderen Seite angesehen." — „Der eigentliche Sitz des Rechtes" ist „das gemeinsame Bewußtsein", die gemeinsame Ueberzeugung des Volkes. — Das Recht ist dem Volke eigenthümlich, so, wie seine Sprache, Sitte, Verfassung. So wie für diese (Sprache) „gibt es auch für das Recht keinen Augenblick eines absoluten Stillstandes; es ist derselben Bewegung und Entwicklung unterworfen, wie jede andere Richtung des Volkes. Das Recht wächst mit dem Volke fort, bildet sich aus mit diesem und stirbt endlich ab, so wie das Volk seine Eigenthümlichkeit verliert." — „Die Summe dieser Ansicht ist, daß alles Recht auf dieselbe Weise entsteht, welche der herrschende — Sprachgebrauch als Gewohnheitsrecht bezeichnet." — — Keinem Forscher des Rechts werden die tiefen Wahrheiten dieser Prämissen der Schule Savigny's entgehen: Wie das Recht lebt, sich bewegt und erstirbt (§ 1, Ziff. 4 I γ c mit § 2 I—IV); dieses Auf- und Niederwogen der Rechtskunde, bald dies wechselnde Emporsteigen zu classischer Vollendung und bald das darauffolgende Herabsinken zu seinem decline und Verfall: Es beweist aber eben, daß das geltende Recht einer jeweiligen „Gegenwart" niemals, wie die historische Schule annimmt, das Recht einer gesammten „Vergangenheit" sein kann!

Ueberblicken wir nun wieder, welchen Wandlungen die bloße Kunde selbst desselben einen, vollendetsten Civilrechts, welches je da war, schon von jeher unterlegen ist: des römischen, um dies Auf- und Niederwogen zu begreifen! — Zuerst die Entstehung eines kampfesreichen, schwerfälligen, für ein Weltrecht niemals tauglichen, römischen jus civile strictum in Rom, welches mühsam die Patricier nach langen Kämpfen jener staatlichen Vorrechte beraubte, an welchen die Plebejer Antheil beanspruchten, nachdem die Bevorrechteten allein den Staat nicht mehr zu stützen vermochten. Dann neben diesem persönlich partikularen Rechte der cives, nach Organisierung von Gerichten mittels der lex Aebutia ꝛc., die friedfertige, leichte, classische Selbstentwicklung des gemeinen Verkehrsrechtes des jus gentium für alle gentes Roms aus aequitas und naturalis ratio; dessen Ausbildung durch Prätoren und juris consulti zur eigentlichen Grundlage eines Weltrechts. Nach dessen Höhepunkt: Das Zurückgehen wieder des Rechtsverständnisses zur Kaiserzeit: wie tief, beweist etwa schon ein Valentinianisches Citiergesetz, welches bereits verordnete, nicht mehr

Digitized by Google

Gründe, sondern die Zahl bestimmter Juristen zu wägen! Noch einmal schien einen Moment die ersterbende Leuchte der Rechtskunde aufzuflackern, als Justinian noch den großartigen Einigungsversuch zwischen dem persönlich partikularen jus civile wie dem jus der civitatum einer- und dem gemeinen jus gentium anderseits unternahm: diesem Muster-Vorgänger unserer heutigen deutschen Civilgesetzgebung in mancher Beziehung. Dann erlag Rom! Es folgte die receptive Aufnahme seines Rechts durch die Kirche und die noch barbarischen Germanen. Nimmermehr konnte deren, weit einfacheren Lebensverhältnissen ein so entwickeltes Weltrecht sofort entsprechen. Einzelne Institute des entwickelten Rechts, Formen des Handelsrechts ꝛc. mußten ihnen noch absolut werthlos sein: sie fanden keine Verwendung; andern standen germanische Gewohnheiten entgegen; feinere haarspaltende Unterscheidungen endlich wurden kaum mehr verständlich. Darum versinkt das Rechtswissen; es entsteht jetzt wieder neues, naiveres Recht: der West-Gothe kürzte sich zwar dies Recht noch zu einem mundgerechteren breviarium; andere Germanen aber vollends redigierten sich selbst ihre Stammesrechte, die leges barbarorum neu: später spiegelten sie sich das eigene Recht ihrer Schöffensprüche noch ohne technische Formeln, mundgerecht in einem Sachsen- und Schwabenspiegel. — Gleichzeitig aber glaubte seit dem 12. Jahrhunderte für Italien die Zeit sich gereift zur Wiederaufnahme und Wiederbelebung des antiken römischen Weltrechts. Anfangs unvollkommen! Gelehrte magistri einer historischen Anschauung begannen da mit hoher Begeisterung manches antike Recht zu lehren und zu feiern, dessen materielle Lebensbedeutung sie, wie z. B. die antike possessio, vielleicht noch heute kaum (§ 2 IV II) verstehen! Ein späterer, sonst vielfach berechtigter Humanismus wollte jetzt dies, mehrfach abgestorbene, dereinst classische Recht in einer materiellen Reinheit recipieren und dadurch — mittels zum Theil todter Formeln — das Recht dem antiken an romantischer Classicität gleichstellen! Aprioristische Schulen endlich wollten revolutionär später bald das Recht aus dem eigenen Menschengeiste deduktiv finden: als Naturrecht. Bald suchte eine spätere deutsche historische Schule es aus aprioristischen Gründen wieder zum „reinen" römischen Rechte zurückzuführen, wie die Humanisten. So entstand seit der Glosse mehr oder weniger lebhaft der Kampf zwischen Wirklichkeit des Lebens, Praxis und Doktrin: Ein sich Bewegen, Auf- und Abwogen der Rechtserkenntnis!

Weil aber Savigny's Prämisse auf diese Weise wahr ist, daß alles Recht „lebt, sich bewegt, entwickelt, ändert und stirbt", so kann das Anwendungsprincip Savigny's und seiner historischen Schule in all diesen geschichtlichen Fällen niemals gleichfalls wahr sein, daß alles Recht schon unbedingt durch seine gesammte stille stehende und ersterbende Vergangenheit gegeben sei; auch als altes und todtes Recht! Deshalb mußte sich eben und muß sich auch noch fernerhin das lebende Recht und die Anwendung des lebenden Rechtes: die Praxis,

Digitized by Google

von der historischen Schule fortwährend trennen, und allein dem gegebenen, positiven Leben nach den Vorschriften der positiven Rechtsquellen unmittelbar folgen, so, wie das in vollendeterer Form dereinst die classischen Römer gethan, welche ihr Recht gleichfalls unmittelbar aus dem Leben spiegelten und zu einem materiellen System construierten. So namentlich, wie es der Classiker Paulus (l. 1 D 50, 17), dieser Fanatiker im Construieren nach Ihering, zudem wörtlich ausspricht: regula est, non ut ex ea jus sumatur, sed ex jure quod est, regula fiat: Nicht aus der Regel ist das Recht zu entnehmen, sondern das Recht lebt, und aus ihm ist die Regel erst zu bilden. (Vgl. § 6 und Einleitung Ziffer 1).

Nun allerdings auch noch den weiteren Nachweis, daß Savigny selbst diesen Stillstand, welcher spaltet, nicht dauernd wollte und für möglich hielt. — Der, mit dem Leben unvertraute Savigny läßt ein doppeltes ersehen: Einmal, daß er selbst die Consequenz aus seinen eigenen Prämissen nicht zieht, und damit selbst nur einen Gegensatz zu dem, von ihm selbst gelehrten Leben des Rechts schafft. Und zweitens, daß er Leben und Praxis verfolgt, weil diese allein die Consequenz aus seiner wahren Prämisse verwirklichte! — Wie nun war eine solche Inconsequenz eines Savigny möglich? Wohl nur einen Ausweg, wie bereits erwähnt, finden wir zur Erklärung dieser Zweiseelentheorie, zu Savigny's Ehrenrettung. Ihn hat der Verf. (Rechtsreform 1865, S. 39) früher, wie auch diesmal berührt: Savigny ist der große Cunktator, welcher das Recht zeitweise einem edlen aber unausführbaren Wollen: einer Form und Politik unterordnet. Er ist es zwar, welcher lehrt, daß das Recht nicht gemacht werden könne, sondern geschichtlich unwillkürlich „gegeben" sei; er selbst aber modelt und macht a priori, vermeintlich zu Gunsten eines Staatswohles, diesen Satz für das harmlose Privatrecht zu einem Gegentheile: zu einer Vergangenheit, statt zu einem Leben. Er glaubt so durch Menschenklugheit selbst die hehren Wohlthaten der Wahrheit unseres Rechts, den eisernen, unaufhaltsamen Gang unserer Weltgeschichte hemmen, überlisten, für uns nützlicher gestalten zu können! — Ein Beweis? Als solcher Cunktator verräth er sich auch ausdrücklich noch bis zur Neige seines Schaffens wiederholt. So noch in der Vorrede seines Systems I S. XXXI, mit folgenden Worten: „Wenn wir gelernt „haben werden, den gegebenen Rechtsstoff mit derselben Freiheit und „Herrschaft zu behandeln, die wir an den Römern bewundern, dann „können wir sie als Vorbilder entbehren". Ebenso aber schon zuvor bei dem Beginne seines Wirkens in seinem Berufe „unserer Zeit" von 1814 (3. Aufl. S. 133 f.), in dessen Titel, wie in den nachstehenden Worten: „Ich will — das höhere Ziel" — „der historische „Stoff des Rechtes, der uns jetzt überall hemmt — wird von uns durchdrungen „sein. — Wir werden dann ein eigenes „nationales" Recht haben. — „Das römische Recht können wir dann der Geschichte übergeben, wir werden eine ganz eigene und neue Bildung haben." — Die „Vor-

Digitized by Google

bilder entbehren" aber heißt wohl nach richtigerer heutiger Sprachweise nichts anderes, als: Dann können wir eben unser eigenes Recht, welches lebt, mit unserer Praxis und Gesetzgebung aus dessen geschichtlichem Leben innerhalb der Gegenwart, unbeirrt von antiken Formeln, ja noch besser als unsere bisherige, zum Theil noch unbewußte oder ihres Principes unkundige Praxis, wie die Römer an der Hand der positiv erfließenden Rechtsquellen construieren. Der große Cunktator irrt aber alsdann, wenn auch vielleicht nicht in seinem Ziele, so doch wohl eine Zeit lang darin noch immer, daß er glaubte, das antike römische Recht einer Vergangenheit könne von uns in seiner vollen Reinheit jemals, — wenn auch *nur vorübergehend* und einen Moment lang, — subjektiv und a priori aus einer Vergangenheit zu einem Leben zurückgeführt — lebend „gemacht" — werden, obgleich doch jene zum Theil erstorben und das geschichtliche Recht der Gegenwart bereits unwillkürlich, ohne Rücksicht auf unser Wollen und Machen, auch bei uns lebt, sich bewegt und ändert!

Wenn aber so der große Cunktator Savigny selbst nicht dauernd das spaltende Recht der Vergangenheit will, wenn er ferner schon bei dem ersten Schritte, welchen er mittels seines theoretisch-geschichtlichen Programms in das wirkliche praktische Leben unternimmt, nur soweit irrt, strauchelt, fällt, daß er annimmt, daß ein lebendes Recht wenigstens eine Zeit lang durch zum Theil todtes aprioristisch ersetzt werden könne, mußte sich denn dann nicht Leben und Praxis trotzdem sofort von ihm trennen? Zudem übertreibt Savigny auch theoretisch selbst in der *Form*: Ihm ist formell alles Recht ein sich selbst entwickelndes Gewohnheitsrecht; er wendet aber unser Gewohnheitsrecht einmal nicht an; also hierin und dann zweitens in der theoretischen Darlegung dieser formalen „Rechtsquelle" schon muß Leben und Praxis fortwährend von ihm abweichen! Denn das Leben wie unsere Praxis beachtet und benützt von jeher *alle* positiven Rechtsquellen, nicht blos die eine, des gegebenen „Gewohnheitsrechts"! Daher wird überdies auch selbst theoretisch, wie praktisch, für unsere Theorie eine fortwährende formale Spaltung seiner Lehre von Leben und Praxis nothwendig werden; sie wird namentlich ihre praktische Consequenz auch weiter endlich darin äußern müssen, daß wir neben einer Selbstentwicklung des Gewohnheitsrechts auch der Rechtsquelle des Gesetzes, zur Zeit namentlich einer generellen nationalen Gesetzgebung bedürfen, deren Beruf Savigny ja bekanntlich gleichfalls unserer Zeit absprach! (§ 5.)

b) Wie aber die eigenen „Prämissen", so ergeben uns ferner, wie gleichfalls schon in der Einleitung angedeutet, die eignen *Gleichnisse* Savigny's die Nothwendigkeit der Entstehung und Fortdauer der bisherigen Spaltung unserer Praxis von der Doktrin der historischen Schule und deren Rechte der Vergangenheit (Ziff. II b), solange die bisher erwähnten unmöglichen Grundprincipien von einer Doktrin gelehrt werden. — Versinnlichen wir uns doch nur einmal aus diesen eignen treffenden Gleichnissen Savigny's, was es hieße, mit diesem

Digitized by Google

unserer heutigen Uebung eine fremde und überlieferte Geschichte einer „römischen Vergangenheit" zu unterbreiten! So aus seiner Vergleichung unseres Rechts mit dem, einer gleichen unwillkürlichen, geschichtlichen Selbstentwicklung unterliegenden Leben des Menschen oder aus der Vergleichung mit der, sich selbst entwickelnden Sprache, Sitte, Gewohnheit, Verfassung der Völker. Der Verf. hat dies schon in seinem praktischen Bedürfnisse der Rechtsreform von 1865, S. 120 ff. gezeigt! Werden diese Gleichnisse zeigen, daß bei uns überhaupt je ein fremdes und vergangenes Recht unbedingt wird „gegeben" sein können? Diese Vergleichspunkte selbst werden es verneinen! Sprechen denn wir Deutsche heutzutage beispielsweise je principiell die vergangene und fremde Sprache Roms? Gehorchen wir ferner unbedingt fremden Sitten und Gewohnheiten? Bewegen wir uns je in Sandalen Roms, in einer toga virilis oder je in der fremden, leichter geschürzten Tracht der uns fremden Bewohner Afrikas? — Ist ferner eine Geschichte der Vergangenheit überhaupt noch heute für uns gegeben und unsere eigne? Gehorchen wir denn selbst auch nur der vergangenen Sitte unserer eignen Ahnen? Gehen wir wirklich noch heutzutage in der vergangenen urdeutschen Bärenhaut, in der Stahlrüstung des deutschen Mittelalters, oder sichtbar oder bewußt mit dem Zopfe des vergangenen Jahrhunderts? Verbleibt die geschichtliche Lebensgewohnheit des Lebens, des Menschen, sein ganzes geschichtliches Gegebensein und dessen Gesetz das gleiche bei dem Säugling der Vergangenheit, wie bei dem Manne und Greis? Geben wir dem Säugling die Pfeife des Großvaters, dem Großvater die Saugflasche des Säuglings? Aendern sich nicht äußerlich schon seine geschichtlichen Formen, Gestalt, Größe wie Umfang; innerlich aber der wechselnde körperliche Stoff, seine geistigen Erfahrungen, Kenntnisse, selbst dessen innersten Ueberzeugungen und Glauben? Oder glauben wir Alten noch jetzt an die Ammenmärchen unserer Kindheit, an den Osterhasen und das Christkind? — Und in unserem Rechte allein sollte eine geschichtliche Herrschaft des gegebenen Stoffes antiker römischer Vergangenheit wie der geistigen antiken Anschauung ewig dauern? Nehmen wir die Verfassung des Staatsrechts: Herrscht im Staatsrechte noch der mittelalterliche Lehensstaat, ein früherer Herrscher, ein Cäsar, ein Carolinger, ein Kaiser des heiligen römischen Reiches oder auch nur ein System, welches — in der letzten Sekunde erst — seine Herrschaft beschloß: weil es doch auch geschichtlich durch eine gesammte Vergangenheit gegeben erschien? Betrachten wir ein anderes Recht: Herrscht im Strafrechte noch jetzt eine Talion, ein Bußen- oder Compositionensystem des Mittelalters, eine Carolina, eine Abschreckungstheorie Feuerbachs? — Sollten im Civilrechte allein so noch unbedingt das römische corpus juris oder das vergangene Recht unserer Nation, noch die früheren leges barbarorum, der Sachsen- und Schwabenspiegel herrschen?

So also, wie in diesen Gleichnissen — in Sprache, Sitte, Ver-

Digitized by Google

fassung ꝛc. — das heutige Leben von dem früheren und fremden geschichtlichen sich scheidet, so muß sich auch im Rechte die Wirklichkeit und Praxis des Lebens von einer Lehre einer historischen Rechtsschule fortwährend scheiden, welche das Recht einer antiken und sonstigen „Vergangenheit" als ein, für uns gegebenes und herrschendes bezeichnet! Gewiß gibt es auch im Civilrecht keine verkehrte Weltordnung einer Herrschaft: keine Herrschaft der „Vergangenheit" an der Stelle der Herrschaft der lebenden Wirklichkeit, wie uns der große Cunktator Savigny lehrt! Deshalb muß die Spaltung unseres praktischen Rechts von unserer historischen Doktrin theoretisch wie praktisch fortdauern, solange diese nicht eine andere gegebene Weltordnung im Rechte erkennt!

IV. Der dogmatische Grundfehler der historischen Schule. — Dieser ergibt sich aus deren spaltendem Schulsatze: das Recht ist durch die gesammte „Vergangenheit" der Nation gegeben. Derselbe ist: daß diese Schule so a priori in romantischer Anwandlung Vergangenheit und Gegenwart als identisch zusammenfügt, statt jeden von diesen beiden Polen empirisch für sich zu betrachten und deren nicht selten mächtige Verschiedenheiten bewußt zu erfassen! Dadurch aber entstehen unvermerkt jene, gewaltig täuschenden, materiellen Unwahrheiten, welche das reale Rechtsleben unbewußt schädigen, indem so dem Volke lebende, wohlerworbene Rechte geradezu escamotiert werden (§ 4 a. A. und lit. A.), und zugleich die theoretischen Zerrbilder, für welche wir hier sofort Beispiele werden bieten müssen! Es entsteht das, was schon das deutsche Privatrecht mit seinem „Zusammenschachteln" der Begriffe gesagt; jener übergelehrte, magisterhafte, pfiffige Typus unserer Rechtsgelehrtheit, welche, statt das klare, reale Leben aus dessen Rechtsquellen einfach zu erfassen, einen künstlichen Eiertanz zwischen Leben und überlieferter Urkunde aufführt, um beide zu überlisten, ohne das Ziel des Erstrebens eines gegebenen, realen Rechts im Auge zu behalten, jene Künstlichkeit einer Tendenz, welche Savigny (Syst. I S. 274) in andern Fällen selbst zugesteht! Dazu kommt, daß ein antikes, nicht mehr lebendes Recht solche „künstliche" Verdrehungen sehr leicht begünstigt! Weil ja eine ganze Reihe antiker, römischer Worte besteht, welche für uns heutzutage einen ganz „anderen" Wortsinn angenommen, als bei ihrer ersten Entstehung! So beispielsweise die Worte: possessio, factum, detentio, jus publicum, privatum, civile, gentium, classicus, fideicommissum etc. etc. (m. vgl. des Verf. Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio, 1884), so daß für diese täuschende Uebergelehrsamkeit auch selbst noch ein leerer Schall der Worte spricht, während freilich der, vom magister schwarz auf weiß auf dem Pergamente nach Hause getragene Geist entflieht! So wird antikes, rein römisches Recht gewaltsam dem heutigen Rechtsleben aufgepfropft, obgleich dies doch rechtlich so unmöglich ist, wie etwa das Dörren eines vergangenen Winterschnees oder ein Verewigenwollen einer Frühlingsblüthe! In

Digitized by Google

dieser Weise aber entsteht jenes „heutige römische" Recht von Savigny's Schule, ein Widerspruch, wie gesagt, mit sich selbst: denn was heutig ist, ist vielfach nicht mehr römisch, und was römisch, ist nicht deshalb heutig! So entstehen Savigny's übergelehrte Construktionen, in welchem Begriffe künstlich doktrinär so nebelhaft hoch geschraubt werden, bis sie schließlich dem gemeinen Menschenverstand unverständlich den Satz bewähren: alles gemeinem Verstand Unverständliche hat seinen Quell im Unverstand, bis sie in Zerrbilder ausarten!

Zwei flagrante Beispiele sollen uns dies vielleicht jetzt einigermaßen erklären: Die Injurie der historischen Schule, welche bald durch praktischere Gesetzgebung im Strafrecht überwunden wurde: Ein römisches ganzes Aushilfedelikt (omne, quod non jure fit), zeigt in Rom den gleichen Wortschall, wie die heutige Injurie; bei uns bezeichnet es durch irgend einen Zufall eine bloße Beleidigung; flugs weiß der Magister der historischen Schule trotzdem allen Ernstes diese Vergangenheit und Gegenwart künstlich zu identificieren, und zusammenzuschachteln! — In der Erinnerung des barbarischen Mittelalters ferner ist das Begreifen des Wesens der antiken possessio, dieser antiken Eigenthumsart des römischen doppelten Eigenthums aus dem jus gentium und des freieren Rechtsverkehrs in Rom verloren gegangen. Unter weiterem Mißverständnis des antiken Begriffes »factum« hielt man jetzt auch diese antike possessio sofort a priori für ein heutiges Faktum des Besitzes oder der heutzutage sogenannten Detention! Flugs erhebt diese Lehre ein Magister Savigny zur Musterlehre seiner Schule; er identificiert hier wieder die vergangene, römische possessio mit dem lebenden Besitzrechte der Gegenwart, beide zusammenschachtelnd, deren Gedanke ein ganz anderes Recht ist! So aber mußten auch hier materielle Schädigungen des Rechtes unseres Volkes von der Art des § 4 A und zudem die theoretischen Zerrbilder entstehen, welche hier gleichfalls sofort erwähnt werden sollen! Gerade dieser Wechselbalg aber von Savigny's zusammengeschachteltem „Rechte des Besitzes" wird unsere historische Schule fortwährend, wie ein Ariel in Shakspeares Sturm, in seinem eignen circulus vitiosus drehen: weil sie einen unvereinbaren sogenannten Besitz mit und ohne animus domini nichtsdestoweniger vereinigen will! Und unbewußt wird sie solange immer wieder auf, ihr unbekannte verschiedene Gebiete des Eigenthums und germanischen Detentionsrechts verschlagen werden, welche dem Herrscher Wirklichkeit angehören, bis sich diese Schule vielleicht endlich entschließt, empirisch induktiv in sich zu gehen, und dem historischen realen Begriffe relatives Eigenthum: die diesem zugehörige römische possessio, dem lebenden jus in re des Innehabens aber: das diesem gehörige heutige Detentionsrecht zurückzugeben, statt beide unter dem unklaren, nichts sagenden Begriffe „Recht des Besitzes" länger verwechseln zu wollen! Denn eine Identificierung der, in Savigny's „Recht des Besitzes" zusammengeschachtelten römischen Eigenthumsart possessio animo domini einer-, und des

Digitized by Google

jus in re aliena des heutigen Dententionsrechts: eines canonischen Pfründebesitzers, Faustpfandgläubigers, Retentionsberechtigten, Besitzers unter suspensivem Eigenthumsvorbehalte, des Usufruktuar-Pächters ꝛc. ohne animus domini anderseits, wird für alle Ewigkeit nie gelingen, weil eben Eigenthum und jus in re aliena ewig unvereinbare Begriffe verbleiben werden!!

Der richtige Weg also wird sein, daß die Begriffe der realen Erscheinungen und Rechtsinstitute der Vergangenheit wie der Gegenwart nicht mit unseren Historikern ihrem eigenen Principe diametral entgegen, a priori (zuvor schon) aus einer Vernunft „gemacht", geschaffen und in diese wirklichen Erscheinungen künstlich erst hineingelegt werden, um unter spinoser „Vereinigung" der, sich so ergebenden Widersprüche, hieraus sich erst die Casuistik theils zu erklären, theils neuzubilden. Gerade umgekehrt (§ 6 II B), aus den einzelnen realen, casuistischen Produkten der positiven Rechtsquellen ist für jede solche Erscheinung empirisch-induktiv, — statt a priori somit schon a posteriori, — das reale Wesen dieser Erscheinungen überhaupt und sein Begriff zu ermitteln. — Wenn sich dann so in realer antiker Wirklichkeit die possessio in Rom im Einzelnen, wie Savigny ja selbst anerkennt (Recht des Bes. 6. Aufl. S. 116—118, 216—221; cf. unten § 2, IV, II 2), als „Recht" am eroberten und corpore et animo domini frei zu occupierenden ager publicus (Freiland), ferner als bonitarisches, Provincial-, prätorisches, publicianisches ꝛc. „Eigenthum" bis herab zum plus juris (animo domini) der römischen Interdikte, wörtlich zum heutigen sogenannten „besseren Rechte", abstuft, so dürfen wir doch nicht a priori mit Savigny's Schule willkürlich sagen, diese Eigenthumsarten alle müssen im vorneherein ein bloßes Faktum im heutigen Sinne, ein, von uns a priori erfundener Begriff sein! Sondern umgekehrt: empirisch werden wir anerkennen müssen: erfahrungsgemäß zeigen sich diese Begriffe alle als ein, bald absolutes, bald relativ sich abstufendes „Eigenthum"! So gebietet uns ein reales Wissen! — Und wenn umgekehrt die reale Geschichte bei uns Deutschen seit dem Mittelalter zeigt, daß es Detentionsrechte gab, bei welchen der Besitzer nie animus domini, sondern von jeher nur die Absicht hatte, ein fremdes Eigenthum innezuhaben, und dessenungeachtet ein Recht hatte, wie eben der, das Lehen besitzende Vasall, der canonische Pfründebesitzer, der frühere Markgenosse und jetzige Besitzer unvertheilter Gemeindegründe, der Besitzer unter suspensivem Eigenthumsvorbehalte eines Verkäufers, der Retentionsberechtigte, Faustpfandbesitzer, Pächter ꝛc., so dürfen wir doch gewiß wieder nicht, mit Savigny, a priori erfinden und sagen, diese Rechte sind nichts, als ein „Faktum" des Besitzes; und heutzutage vollends rechtslos, weil sie der vergangenen römischen possessio nicht entsprechen, in welche doch gleichfalls der Begriff des „faktischen Besitzes" nur »a priori« hineingelegt worden ist: Umgekehrt, empirisch müssen wir wohl begreifen, daß diese Detentionsrechte altehrwürdige, heimische Gewohnheitsrechte,

Digitized by Google

jura in re bilden, in welche ein Begriff nicht a priori hineinzulegen, sondern umgekehrt, empirisch induktiv aus diesen einzelnen, geschichtlich gegebenen Anwendungsfällen dahin zu folgern, zu bilden (zu construieren) sein wird, daß dies „dingliche Rechte" sind, eine fremde Sache blos insolange (ohne animus domini) innezuhaben, als eben der causa dieser Detention: des Lehens, der Pfründe, der Verpfändung, des Pachtes ꝛc. dies gestattet. — Durch diese falsche, vermeintlich historische und doch blos aprioristisch-naturrechtliche Methode ist leider auch wohl wieder die ganze neueste doktrinäre Besitzlitteratur werthlos entstanden, welche nach den, bereits auf dem Boden einer praktischen Schule stehenden, ersten Anregungen des Verf. seit 1865 (Note * zu Ziff. II) leider Ihering, hier noch vom Standpunkte der historischen Schule aus, von Neuem massenhaft hervorrief. Wäre diese — und Ihering selbst noch —, statt a priori mit Savigny von der vorgefaßten Idee auszugehen, daß römische possessio und heutige sogenannte Detention nun einmal identisch und eben nichts sein „müsse", als ein bloßes „Faktum des Besitzes" — umgekehrt, empirisch induktiv von den realen, gegebenen, geschichtlich positiven obigen Beispielen ausgegangen, und hätten unsere Juristen alsdann nach Römerart aus diesem jus, quod est, die regula und den Begriff erst induktiv gebildet oder abstrahiert, so wäre diese ganze, nutzlose Fluth doktrinärer Litteratur einheitlich zu demselben realen Begriffe gelangt, welchen das Reichsgericht und die ganze Praxis jetzt thatsächlich übt, wie er seine erste praktische Anregung in den Versuchen des Verf. seit 1865 gefunden hat. Möge diese Jurisprudenz hier endlich reale geschichtliche wie positive Gründe beachten!

In solchen Fällen erübrigt, gegenüber den aprioristischen Zusammenschachtelungen der historischen Schule von „vergangenem" und „lebendem" Rechte absolut kein anderes Rettungsmittel, als: die Scheidung dieser beiden, verschiedenen zusammengeschachtelten Rechte! Wir wählen zur Erläuterung das Gleichnis eines, zu restaurierenden Bildes! Auf einem historischen Bilde eines älteren classischen Meisters, eines Titian, Rembrand, ist der Firnis im Laufe der Jahrhunderte undurchsichtig geworden; eine Patina überzieht das ganze Bild; bei späteren Bildern hat auch vielleicht noch der dunkle Untergrund (Bolus) nachgedunkelt! Um nun das so unkenntliche Bild wieder verständlicher zu machen, hat ein, angeblich sachverständigen Techniker, (der Historiker Savigny) naturrechtliche Ideen aus der Gegenwart, wonach der Besitz nichts, als ein Faktum zu schützen hätte und so ein Recht des bloßen Besitzes sein sollte, mit denen der Vergangenheit a priori identisch erachtet und diese, legendenhaft entstandenen Märchen und Anschauungen a priori auf das alte, unkenntliche, classische Bild aufgemalt! Nun haben wir drei verschiedene Bilder; 1. das alte classische der römischen possessio auf dem Grunde; 2. das nach aprioristischen Ideen nur darübergemalte Recht „des Besitzes" Savigny's, welches weder das alte noch das lebende Bild der Gegenwart, z. B.

Digitized by Google

etwa ähnlich wie bei einer lebenden Landschaft ist, welche ein Früherer schon gemalt! 3. das reale, heutig lebende Bild des Detentionsrechtes! Diese drei verschiedenen Bilder nun werden von der romantischen historischen Rechtsschule, welche das gegenwärtige Recht durch eine gesammte Vergangenheit gegeben erachtet, vermischt, identificiert! Deshalb wird bei solchen Uebermalungen eben des Romantikers Savigny und seiner Schule fernerhin nichts erübrigen, als: Uebermalung (sub 2) und Firnis der früheren Jahrhunderte vollständig zu entfernen, und das alte, erste Bild (sub 1) alsdann in seiner realen Erscheinung mit der realen Wirklichkeit der Gegenwart (sub 3), welche jetzt allein das gegebene, positive Recht ist, zu vergleichen. Die Vergleichung wohl der beiden Urbilder der Vergangenheit und Gegenwart sub 1 und 3, jedes in seiner Reinheit ohne Uebermalung, wird allein: sowohl reale Rechtsgeschichte, als reales, jetzt geltendes Recht ergeben!

### Beispiele von Zerrbildern, welche aus der Nichtbeachtung der Verschiedenheit einer Geschichte der Vergangenheit und Gegenwart entstehen.

#### I. Injurie.

1. Heutiges Rechtsleben. (Drittes Bild. Restauration des lebenden Rechts.) — In Deutschland versteht heutzutage jeder aus dem Volke, jeder Jurist wie Laie, Regierung wie Untergebene, unter einer Injurie nichts, als eine Beleidigung oder Ehrenkränkung; somit ein ganz specielles Delikt! Diese Anschauung lebt heutzutage geschichtlich in unserem Volke; unbewußt ist sie da, wie mit uns geboren. Niemand weiß zu erklären, wie dieser Name geworden ist. Wir können blos errathen, daß das Wort durch die Herbeiziehung des Wortklanges injuria, aus einem Mißverständnisse des römischen Rechts entstand! — So geht das praktische und positive Recht der heutigen geschichtlichen Gegenwart nun einschließlich der Praxis, welches die Injurie früherhin als eine civilrechtliche Klage betrachtete, selbst einschließlich des Vernunftrechts der Naturrechtsphilosophen und der modernen Gesetzgebung von diesem, im Leben, in einer heutigen Geschichte (als drittes Bild) unbewußt „gegebenen" Begriffe der Beleidigung ꝛc. aus. Dieser materielle Begriff allein also ist heutzutage auch positiv im Rechte begründet. Denn er ist in Uebung und Gewohnheitsrecht! — Er abrogiert jede andere Begriffsbestimmung. Mehr ist von diesem rein römischen „Strafrechte" auch früher nie aus dem corpus juris in das „Civilrecht" recipiert worden; wäre es recipiert gewesen, so wäre es alsbald durch desuetudo beseitigt worden!

2. Das geschichtliche Recht einer antiken römischen Vergangenheit dagegen (dies erste ursprünglich römische Bild) ist ein anderes Recht! — Die antike römische injuria war, wie noch aus dem Digestentitel de injuriis 47, 10 allein zur Genüge ersichtlich ist, in Rom selbst weit mehr, als Beleidigung; sie war ein generelles „Aushülfedelikt"! Sie bezeichnete dort zugleich: omne, quod non jure fit, somit ein Aushülfedelikt, welches alles (im jus gentium für Nichtcives ꝛc.) nicht schon anderswo speciell mit Strafe bedrohte, strafbare Unrecht beahndet! Darunter bezeichnete sie begrifflich als injuria u. a. beispielsweise selbst ein caput gladio percussum, Tödtung, Körperverletzung, namentlich zahllose Polizeireate; vor der lex Aquilia auch noch das damnum »injuria« datum etc.: Unter diesem Gattungsbegriffe aller Reate findet sich also allerdings, wie selbstverständlich ist, auch das weitere einzelne Delikt: die heutige „Injurie" oder Beleidigung speciell, welches die Römer speciell mit »contumelia« bezeichnen; aber es finden sich unter ihm auch Reate, von welchen die Römer selbst sagen, daß keine Beleidung (contumelia) vorliegt. (Belege in meinem praktischen Bedürfnis der Rechtsreform 1865 S. 134—135.) So war also in Rom die gleichzeitige Bezeichnung der heutigen Injurie oder

Digitized by Google

Beleidigung mit injuria (e generali edicto) oder mit „Unrecht" überhaupt — im Grunde nur eine bildliche, nur eine Synekdoche, d. i. nur die Bezeichnung einer species oder des speciellen Reates der Beleidigung durch das genus: einer injuria oder eines Deliktes überhaupt!

3. Das Mißverständnis nun, die Uebermalung der historischen Schule, welche tendenzgemäß für sich ein ganz neues Recht „macht", indem sie eben den Begriff des römischen „vergangenen" generellen Aushilfsdelikts der injuria = des generellen Unrechts (unter 2) a priori mit dem heutigen „lebenden" Begriffe des einzelnen Reates der Beleidigung (gleich der römischen contumelia) identificieren wollte, war kurz entschlossen: Sie machte auch hier aus dieser Injurie ein zweites Bild: zwar immer noch eine Beleidigung, aber doch eine solche, welche bei jedem! Reate eintreten sollte, gleichviel, ob die specielle Absicht, zu beleidigen, vorlag: Es genügte ihr jeder dolus! — Das leistete in der That schulgerecht der, sonst bedeutende Historiker und Kirchenrechtslehrer Walter (N. Archiv d. Crim.-Rechts IV. S. 108 ff., von 1820 beginnend)! Er versuchte allen Ernstes diese, so geradezu von unbewußtem Humor diktierte Einschachtelung, eine Construktion nach der Art oder Unart der historischen Schule, welche eben eine vermeintliche Subsumtion unter die, mit der Gegenwart (unter 1) vermeintlich identisch „gemachte" Vergangenheit (unter 2) sein sollte! Er schloß so: weil jedes Reat eine Verletzung der ganzen Person (der Rechtsfähigkeit) sei, deshalb sei jedes umgekehrt zugleich eine Beleidigung! Mit klareren Worten nichts anderes, als: weil die Beleidigung zugleich unter das genus: Strafrecht oder generalis injuria falle, müsse jedes Reat auch die species einer Beleidigung sein können! — Eine praktische Kritik ist zur Zeit Mittermaier's schon nicht ausgeblieben. Man entgegnete dem Zerrbilde mit Recht: dann müsse ja schon das Verursachen von Gestank und Rauch, ebenso aber Tödtung und jedes Polizeireat ꝛc. eine „Ehrenbeleidigung" sein! Soweit kommt man, wenn man, um a priori tendenzgemäß Vergangenheit mit dem Rechte der Gegenwart verwechseln zu können, die species, das specielle Reat des heutigen Begriffs der Injurie = Beleidigung mit dem Gattungsbegriffe der römischen injuria = omne, quod non jure fit = mit Strafrecht überhaupt zusammenschachteln will! Denn dies genus des Strafrechts im Allgemeinen umschließt ja doch noch eine Unzahl andere Reate, außer der Beleidigung: Diebstahl, Betrug, Körperverletzung, Tödtung ꝛc. Deshalb kann es doch wohl niemals mit einem einzelnen Reate der Beleidigung identisch gemacht werden! — Die praktische moderne Strafgesetzgebung hat diese Mißstände nebenbei längst beseitigt und das sog. Privatdelikt der römischen injuria mit Recht überhaupt aus dem heutigen Civilrechte entfernt; denn das delictum privatum im antiken Rom hatte eine ganz andere Bedeutung, als ein heutiges vermeintlich „privatrechtliches" Delikt! diesen Widerspruch in sich selbst! Es war das Strafrecht der privati, d. i. aller derer, welche nicht zum populus der Stadt Rom gehörten und so des persönlichen Rechts der Quiriten beraubt waren, im Gegensatz zu den delicta publica oder populi: dem Strafrechte des populus, vielleicht anfänglich das Strafrecht der, noch von den Patriciern rechtlich getrennten plebs, dann der späteren Peregrinen. (Darüber des Verf. „Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio," zugleich mit dem Titel: „Die Rechtsverschiedenheit im antiken Rom ꝛc." Erlangen, Deichert 1884 S. 139 f. § 10 Ziff. 7.) Dies eines der Zerrbilder, zu welchen die Versuche der aprioristischen historischen Schule mit ihrem systematischen Identificieren von vergangener und lebender Geschichte führen mußten!

## II. Besitz.*)

Versuchen wir nun auch, soweit dies auf gedrängtem Raume möglich, die eigentlichste Musterlehre der älteren historischen Schule über den „heutig-römischen" Besitz zu restaurieren! Diese vor allem zeigt ein, durch den Schleier von mehr

*) Nirgends mehr, als hier galt es vielleicht: — unserm Eingelebtsein in einem 1000jährigen Irrthum gegenüber, als ob die antike possessio heutiger Besitz sei, — des Satzes eingedenk zu sein: gutta cavat lapidem, non vi, sed saepe cadendo! Aehnlich und tropfenweise versuchte auch hier der



Digitized by Google

als einem Jahrtausend verdunkeltes und von moderner Auffassung ungemein eingreifend „übermaltes" Bild! Auf die antike römische possessio, auf diese eine der doppelten Eigenthumsarten des antiken Rom aus dem jus gentium, welche historisch als possessio am ager publicus, als sog. bonitarisches, Provinzial- ꝛc. Eigenthum auftritt und unter Justinian sich noch als das relative Eigenthum der Publiciana bis herab zum plus juris oder besseren Rechte der possessio (animo domini) ad interdicta neben dem civilen dominium abstufte, auf dies erste Bild hat jetzt das historisch verständnisslose Mittelalter seit der Glosse ein zweites Bild aufgemalt; verleitet durch ein in uns „lebendes" drittes Bild einer germanischen und romanischen Neubildung (der Ziffer II 1 unten): des jus in re aliena, eine fremde Sache eines Dritten, des Eigenthümers, zeitweise ohne animus domini zu detinieren oder innezuhaben; durch dasselbe Institut somit, welches der Verf. in der Litteratur der soeben beigefügten Note seit 1865 und 1873 zuerst als anderes, völlig selbstständiges deutschrechtliches Institut endlich nachzuweisen versucht hat. Dieses zweite Bild, diese Uebermalung aber ist ein Zwitterbild, welches die völlig unvereinbaren Begriffe des ersten und dritten Bildes, nämlich antikes Eigenthum und heutiges jus in re aliena der Detention einer „fremden" Sache, gewaltsam und wohl vergeblich zu vereinigen, zusammenzuschachteln versucht! Diese Uebermalung zeigt ein geradezu trostloses Zerrbild von der Glosse bis auf Savigny! Wir müssen es hier ausführlichst prüfen, weil es ein Musterbild des schadenbringenden Gebahrens der ganzen historischen Schule ist, welche eigentlich thatsächlich schon mit der Glosse beginnt.

Der Grundfehler dieser Musterlehre und Zusammenschachtelung der historischen Schule, dieses zweiten Bildes, ist leider eben wieder eine aprioristische, bloße naturrechtliche Deduktion aus einem selbsterfundenen Begriffe, statt einer empirischen Induktion aus den einzelnen gegebenen realen Thatsachen und positiven Instituten. A priori identificiert auch hier Savigny Vergangenheit und Gegenwart: römische possessio und germanische Detention! A priori ferner, ohne empirische Untersuchung der, zu Grunde liegenden einzelnen Rechte schafft er aus seiner Vernunft nach Art des Naturrechts in vorneherein schon seinen Begriff für beide Rechte: ein Recht „des faktischen Besitzes". Der Besitz allein soll hienach Faktum und Recht zugleich sein! Als ob es ein einziges Recht gäbe, welches nicht Recht und Faktum zugleich ist, i. e. aus Faktum entsteht und das Faktum rechtlich regelt! Ohne Faktum kein Recht! Aufgabe der Rechtswissenschaft aber ist es ja eben, das Recht vom Faktum zu abstrahieren und zu begreifen: die Auffassung eines Rechtsverhältnisses als bloßes Faktum beweist von jeher nur, in Rom wie heute, daß man es noch nicht juristisch zu erfassen, zu construieren wußte (unten § 4 B a). — Der wahre, empirische und positive Weg wäre aber der gerade um-

---

Verf. die successive Enthüllung der nackten Wirklichkeiten der Besitzlehre! — — Zuerst nur gelegentlich in ff. Schriften: „Das prakt. Bedürfniß der Rechtsreform gegenüber der historischen Schule", Erlangen, Deichert 1865 S. 140—160. — Dann „Zur Kritik der heutigen Negatorien- und Conf.-Klage", Jena, Mauke's Verlag 1873 S. 139—154. — Dann in Zeitschriften, wie Grünhuts Zeitschr. f. d. Privat- und öff. R. d. G. (Wien) 1879 VI. S. 397 ff. — Rechtsgeleerd Magazijn von Dr. Drucker ꝛc. Haarlem 1882 I. S. 168 ff. — Ebenso in Rechtsfällen: Seuffert's Blätter f. Rechtsanwendung, Bd. 50, S. 257 ff., an mehreren Juristentagsverhandlungen z. B. Verh. des 15. d. Juristentages, Bd. II. 1881 S. 115 ff., des 17. d. Juristentages, Bd. II. 1885 S. 61 ff. ꝛc. — — Endlich aber in ff. selbstständgen Schriften: „Das heutige p. u. n. Besitzrecht in seiner Unabhängigkeit von der röm. possessio, Berlin, Guttentag 1880 und — Grundlagen einer Geschichte der röm. possessio", Erlangen, Deichert 1884. Auf letztere ist hauptsächlich zu verweisen. — — Hier steht dem Durchdringen der vollen historischen Wahrheit eine historische Schule noch jetzt gegenüber! — — Eine Verbesserung bedarf die vorletzte Schrift auf Anregung von Brinz von 1880 nur in einem Punkte. Eine causa des heutigen deutschen Besitzrechts des Detentor kann nicht auch schon die Inhabung oder Detention allein sein, ähnlich, wie bei der röm. possessio, bei welcher die causa possessionis mit an. dom. allein schon, d. i. der Umstand, daß jemand corpore und animo domini possidet, Erwerbtitel des rechtmäßigen oder relativen Eigenthums der possessio sein kann; z. B. bei der Occupation einer herrenlosen Sache. Nur hier, — beim Eigenthum allein gilt der Satz: possession vaut titre. Das heutige Detentionsrecht dagegen ist nur ein „accessorisches", dingliches Recht, bestimmt, einem anderen Rechte oder eine andere causa, z. B. dem Lehen, der canon. Pfründe, dem Faustpfande, Pacht ꝛc. nebenbei (accessorisch), das Recht der Inhabung der fremden Sache zu verschaffen. Daher kann bei ihm die Detention nicht Selbstzweck und nicht allein Erwerbsgrund sein. (cf. unten Ziff. 5.)

Digitized by Google

gekehrte gewesen! Statt des aprioristischen naturrechtlichen Erfindens eines Begriffes von vorneherein hätte man umgekehrt von den einzelnen Anwendungsfällen der römischen possessio, wie der germanischen Detention ausgehen, und so nicht deduktiv, sondern induktiv den realen, positiven Begriff erst folgern müssen! Dann hätte sich eben ergeben, daß einmal, wie gesagt, der wirklichen antiken röm. possessio der Vergangenheit u. a. die erwähnten Anwendungsfälle zu Grunde liegen, welche allein eine wahre Feststellung ihres Begriffes gestatten: possessio am ager publicus, sog. bonitarisches und Provinzialeigenthum; ferner mit justa wie mit putativa causa ausgestattete possessio mit Publiciana, i. e. das relative sog. Publicianische Eigenthum; dann prätorisches Eigenthum, Recht des missus in possessionem ex secundo decreto etc. bis herab zum plus juris (besseren Rechte) der possessio ad interdicta; alles somit Rechte und ein „Eigenthum", welches für den Nichtcivis in Rom gar kein anderes Eigenthum neben sich gehabt hatte, und bei dem es unmöglich um bloßes Innehaben fremden Eigenthums zu thun war, sondern einzig um diesen „Eigenthumserwerb" auf den Titel der Possession und den Titel der übrigen justae causae der possessio: pro emto, donato etc. Denn auch diese »justae causae« waren „quellenmäßig", wie wir sehen werden, causae des „Erwerbes" der possessio neben dem relativen Titel der faktischen possession »possession vaut titre«! nicht causae des ursprünglichen civilen dominium mit seiner mancipatio in jure cessio etc. allein. — Gerade umgekehrt aber hatte der germanische wie heutige Besitz des bloßen Detentor niemals etwas mit einem Eigenthum oder mit animus domini zu thun. Bei den einzelnen positiven Anwendungsfällen, aus welchen auch hier dessen Begriff empirisch erst gefolgert werden muß, wie gesagt: bei dem gesetzlichen canonischen Pfründebesitze, bei dem Lehensbesitze, Faustpfandbesitze ꝛc. ist sogar umgekehrt stets ein anderer der Eigenthümer; dieser letztere allein kann also den animus domini, der germanische und romanische Besitzer kann nur die Absicht haben, eine fremde Sache innezuhaben und trotzdem an ihr ein Recht, nämlich das jus in re aliena dieses Innehabens auszuüben, zu dem Behufe, der Sache zu nützen oder einen andern rechtlichen Zweck (causa) der Pfründe, des Lehens, Retention ꝛc. zu verfolgen. — So unterscheidet sich aber römische possessio von dieser germanischen Neubildung eines Besitzrechts des bloßen Detentor wie: absolutes oder relatives Eigenthum einer- und jus in re aliena anderseits! Trotzdem schachtelte beide unvereinbare Institute unsere historische Schule zusammen! In diesen deduktiven, aprioristischen Fehler verfiel nicht blos die Glosse und Savigny, sondern bis in den letzten Moment leider u. a. auch noch der geniale sel. Ihering: Eine Fluth von Besitzlitteratur, wie gesagt, folgte bis in die jüngste Zeit alsdann auch ihm noch um die Wette: alle ihre Produkte sind so werthlos, weil kein einziges derselben empirisch zu Werke geht! Hätten sie umgekehrt den Begriff des antiken wie modernen Institutes, statt aprioristisch, empirisch induktiv aus deren geschichtlichen einzelnen positiven Grundlagen und Anwendungsfällen gefolgert, so hätten sie alle zu dem nämlichen Resultate gelangen müssen, wie unsere Praxis, welches nicht blos der Verf., sondern, thatsächlich wenigstens im Detentionsrechte auch seitdem wieder, wie erwähnt, das deutsche Reichsgericht und die übrige Praxis, ja selbst die neueste Theorie, wenn auch noch undefiniert, adoptiert. Müßig aber ist bisher wohl u. a. auch jede aprioristische Willens- und Machttheorie der neuesten Doktrin! Auch sie unterscheidet die Institute nicht, und empirisch geht wohl kein einzelnes positives Einzelinstitut: weder die antike römische possessio, noch auch das moderne Besitzrecht des Detentor von einer solchen Theorie allein und einseitig aus; diese beide sind vielmehr vor allem wirkliche Rechte, nicht bloßes Faktum und nicht Willen allein; sondern entweder Eigenthum oder jus in re; beide bedürfen einen Willen, nur je einen andern: die röm. possessio einen animus domini, das heutige Detentionsrecht einen Willen, die (fremde) Sache lediglich innezuhaben; beide endlich erfordern eine Herrschaft oder Macht, damit das Recht entstehe oder doch geübt werde; die römische possessio erfordert corpus (Verkörperung der Herrschaft) schon zum Entstehen, nicht zum Ausüben, das Detentionsrecht vollständiges faktisches Innehaben zumeist schon zum Entstehen, (soweit nicht eine Klage adipissendae detentionis vorliegt), und unter



Digitized by Google

allen Umständen vollständiges faktisches Innehaben zur Ausübung ihres Rechts. Denn dies Recht besteht nur im Innehaben! — —

Unter diesen Umständen aber, nachdem der Schachtelbegriff der Glosse wie Savigny's in dem Worte „Besitz" zwei verschiedene, selbstständige Rechte in sich verbirgt, wird es wohl z. B. nothwendig werden, diesen so vieldeutigen Begriff „Besitz" selbst eine Zeit lang ganz und gar zu meiden oder doch ihn niemals ohne den ausdrücklichen Beisatz anzuwenden: ob damit Savigny's Besitz des römischen possessio, oder ein Besitz des bloßen (germanischen) Detentor gemeint sei: Solange, bis dieser Begriff in seinem doppelten Wesen allgemein erkannt ist und eine bestimmte Anwendung für ihn feststeht. Denn sonst denkt der freundliche Leser und hochgeehrte Recensent, sobald der, an sich germanische Name Besitz vorliegt, an eine römische possessio, während vielleicht der arme Autor an heutige Detention dachte, und wirft jener dem letzteren auch noch Unklarheit vor! Auch selbst das von seinen Juristen unaufgeklärte Volk bezeichnet ja mit dem Begriff „Besitzer" noch unklar beides: sowohl den Eigenthümer, z. B. den Grund-, Hausbesitzer ꝛc., als den Detentor, den besitzenden Pächter, Miether. — Umsomehr sind also die, im Worte „Besitz" vereinten Begriffe auseinanderzuhalten und das unklare Wort zu meiden.

Betrachten wir nun ebendeshalb jedes dieser beiden grundverschiedenen Rechte des Schachtelbegriffes „Besitzes" einzeln und dann die Uebermalung! Und zwar con amore, selbst breit: Sonst verstehen wir die drei verschiedenen Bilder niemals!

1. Das heutig lebende **Besitzrecht** des sog. **Detentor** oder Inhabers[1]) (das dritte gegebene Bild) ist eine gewohnheitsrechtliche, germanische wie romanische „Neubildung", welche das antike Rom noch nicht kannte. Die Praxis unmittelbar vor Savigny war bereits daran, selbst auch seine Verschiedenheit von der römischen possessio zu erfassen: Savigny erst glaubte dies, sich längst geltend machende Gewohnheitsrecht durch sein „rein römisches" Recht der possessio ganz vernichten zu können und verbannte jenes eine Zeit lang ganz und gar selbst aus der heimischen Praxis, welche doch dies Recht geschaffen hatte. Wir erinnern zum Nachweise dieser Praxis nur an die denkwürdige erste Note zu Savigny's Recht des Besitzes § 1 S. 1, in welchem dies unbewußte Gewohnheitsrecht und seine Selbstständigkeit in den Worten der früheren deutschen Jurisprudenz vor Savigny schon ganz offen zu Tage tritt: „Bei den vielen wirklichen Widersprüchen des römischen Rechts — sagt nach dieser Note ein Praktiker — sieht (man) darauf, ob jemand ein Recht zum Besitz überhaupt habe." Denn wie könnte sich die unbewußt zwingende opinio necessitatis und Uebung eines Gewohnheitsrechts bereits greifbarer manifestieren, als hier: dies Ueberbordwerfen des untauglichen römischen Rechts? Dieser Detentor ohne animus domini hatte ja in der That in Deutschland seit dem Mittelalter von jeher ein dingliches Recht, auf welches die römische possessio »animo domini« niemals paßte! Vergleicht man so alle einzelnen, schon oben wiederholt angeführten, theils gesetzlichen, theils gewohnheitsrechtlichen Fälle dieses deutschrechtlichen Detentionsrechtes ohne animus domini, so gewinnt es ja sogar den Anschein, daß die Germanen dieses ihr sog. Detentionsrecht bei der Vertheilung des eroberten Landes, in der Allmande der Markgenossen, im Grundbesitze der Sippen ꝛc. von jeher kannten, und erst von ihrem Boden aus auf romanische, früher römische Gebiete verbreiteten, auf welchen sie eben das frühere römische Recht noch nicht kannte. (Vergl. des Verf. Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio 1884 § 4 S. 68 ff.) Zuerst, vielleicht schon zur Zeit einer Völkerwanderung; dann wieder seit Carl dem Großen im Lehensstaate mittels des germanischen, longobardischen ꝛc. Lehenrechts. — Selbst „gesetzliche" Anwendung, wie

[1]) Dies, von Savigny eine Zeit lang selbst aus der Praxis völlig verbannte Besitzrecht ist seit den ersten Wiederanregungen des Verfassers seit 1865 und 1873 (vgl. Note S. 226 am Beginne der vort. Ziff. II) jetzt in der Praxis: in den Entscheid. des Reichsgerichts in Civilsachen namentlich Bd. V 1882 S. 164—5, dann in unserer Doktrin wieder wohl allgemein anerkannt. Z. B. von Bruns Besitzklagen 1874 S. 236 ff., E. J. Bekker krit. Vierteljahrsschr. 1876 Bd. 18 S. 19, Dernburg Pand. § 172 ff.; wider Willen schließlich seit der 6. Aufl. seiner Pand. § 162a S. 545 zu Note 7, b selbst von Windscheid ꝛc.

Digitized by Google

gesagt, fand es ja von jeher schon im Besitze des Vasallen: am fremden Lehen, bei dem canonischen Pfründebesitzer (beschränkt auf den Fall eines spolium): am fremden Eigenthum der Kirche (canon redintegranda); wie neuerdings in der modernen Reichsgesetzgebung: im Besitze des Faustpfandgläubigers, an dem fremden Faustpfande (§ 14 Einf. Ges. zur d. Concurs-Ord.) sowie im fakt. Besitzrechte des Concursverwalters an der fremden Concursmasse (§ 107 Con.-Ord.) 2c. — Ebenso lassen sich aber wohl von jeher unschwer Vortypen auch einer gewohnheitsrechtlichen Geltung durch das ganze germanische Mittelalter nachweisen: Allgemein sogar vielleicht in der Gewere, dieser generellen (dinglich „werenden") Klage des Mittelalters, welche allerdings noch in unklarer, formaler Weise Eigenthum und Detention nebeneinander schützte, speciell aber zweifellose: bei dem Markgenossen oder dem späteren Genossen der heutigen Realgemeinde am fremden, weil noch unvertheilten, Eigenthume der Gesammtheit der Gemeindegenossen. Bei dem Besitze unter suspensivem Eigenthumsvorbehalte eines dritten, beim Retentionsrechte, dessen dingliches Besitzrecht man im Grunde schon bisher mit einer, an dem Besitze der Sache haftenden exceptio doli nur umschrieb, bei der Ganerbschaft, bei dem Besitze von Kirchenstühlen im Eigenthum der Kirche 2c.: Alle diese Besitzer nun können, weil das Eigenthum der, von ihnen besessenen oder detinierten Sache ein ihnen bewußt „fremdes" ist: weil es — ihnen bewußt — entweder dem Lehensherrn, oder der Kirche, oder dem Schuldner, oder der Gemeindegenossenschaft, oder dem Gläubiger 2c. 2c. gehört, rechtlich offenbar niemals animus domini i. e. einen rechtlich zulässigen Willen eines Eigenthumserwerbes haben (oder sich selbst dem animus rechtlich mutieren), sondern sie können nur den animus haben, die fremde Sache, ohne animus domini obgleich als fremde, berechtigt „zu besitzen". Ihr Besitz- oder Detentionsrecht ist daher auch niemals diese römische possessio mit »animus domini«, sondern eben wegen des Mangels dieses animus domini nur ein anderes Recht: Der Begriff dieses andern: des Detentionsrechtes nun ist ein jus in re aliena, oder technisch bestimmter: das accessorische dingliche Recht, eine fremde Sache der Gesammtheit, der Kirche, des Schuldners 2c. 2c. mit dem animus, dieselbe lediglich innezuhaben, lediglich zu dem Zwecke und unter der Zeitbegrenzung faktisch „zu besitzen" oder zu detinieren, welche eben die obigen oder sonstigen causae des heutigen Besitzrechts: Kirchenpfründe, Lehen, Verpfändung, Massenverwaltung 2c. 2c. erfordern und gestatten. — — Die weitere Frage alsdann, ob etwa auch noch anderen derartigen, noch nicht speciell gesetzlich oder sonst geschichtlich festgestellten, z. B. gewohnheitsrechtlich noch nicht nachweisbaren „Besitzfällen" ohne animus domini heutzutage gleichfalls dieser Detentionsschutz gebührt? Auch solchen somit, von welchen sogar im Gegentheil erweisbar, daß früher, seit Savigny, gewohnheitsrechtlich ihre Detention nicht mehr geschützt wurde, wie: beim Pächter, Miether, Depositar, Usufruktuar 2c.? Diese, unten wohl allerdings gleichfalls zu bejahende (§ 5 III 2 a β) Frage berührt uns hier noch gar nicht; sie ist für diese gesetzlichen und gewohnheitsrechtlichen und selbst durch eine Geschichte der „Vergangenheit" gegebenen Besitzrechte gleichgiltig, sie ist eine weitere Frage der Analogie und Construktion! Auch wenn sie verneint würde, würde ja das Besitzrecht des Detentor in obigen einzelnen Fällen dennoch in positiver Weise unanfechtbar bestehen, und wird ja doch selbst auch der, in dem Rechte der gesammten Vergangenheit der historischen Schule noch Befangene wenigstens diese obigen einzelnen geschichtlichen Fälle doch nach seinem Geschmack finden müssen, wenn er positives Recht, ein Gesetz 2c. nicht verletzen will. Denn warum sollte hier die historische Schule „Gesetz" und Gewohnheitsrecht nicht auch achten wollen?! Weil dieses bisher nur die Praxis mit Recht geachtet, die doktrinäre historische Schule aber Gesetz und Gewohnheitsrecht ihrer Tendenz zu Liebe verletzt hat?

In ähnlicher Weise lebt aber dies Gewohnheitsrecht, zufolge dessen es ein Besitzrecht gibt, in welchem eine bloße „Detention" geschützt wird, auch jetzt noch in unserem Volke! Wollen wir sehen, wie mächtig es in ihm lebt? Savigny selbst zeigt es uns! Selbst indem er nämlich die reine, antike römische possessio schildern wollte, schildert er noch die „Detention", diese Neubildung, und bewährt

Digitized by Google

er so den Satz, wie das concrete Recht eines Volkes mit ihm, mit uns allen geboren ist: Während wir nämlich doch sehen werden, daß diese antike römische possessio, auch selbst noch die Justinians, geradezu nichts mit eben der Detention gemein hat, weil ja diese für den Begriff und die Entstehung der römischen possessio und ihres corpus ganz unwesentlich und entbehrlich ist, und bei ihr nur zufällig vorkommen kann, identificiert Savigny den vermeintlich römischen possessor oder Eigenthumsprätendenten nichtsdestoweniger mit einem germanischen Detentor oder Inhabungsberechtigten! Savigny nämlich (R. d. Besitzes, 6. Aufl. § 1 S. 3) schildert auch selbst noch „seine" vermeintliche römische possessio, völlig germanisch, so: „dieser Zustand, welchen man Detention nennt, und welcher allem Begriffe des Besitzes zu Grunde liegt"!! Wozu anders überhaupt sollte sich auch unsere heutige Rechtsanschauung eine Besitzklage neben einer Eigenthumsklage (neben der Klage des absoluten und relativen Eigenthums) noch denken können, als zum Schutze einer Neubildung: einer solchen Detention oder Inhabung allein, welche letztere niemals selbst Eigenthum und possessio animo domini war? In Rom allein aber hatte die possessio neben dominium noch Bedeutung. In Rom bestand zur Zeit Justinians noch unbeseitigt ein doppeltes Grund-Eigenthum: das dominium auf Italischen Boden, die possessio in der Provinz bis 531 n. Chr. Erst Justinian compilierte ja beide (c. 1 C. 7, 25; c. 1 C. 7, 31). Deshalb mußte Justinian, und umsomehr die früheren classischen Juristen, diese possessio erwähnen. Sollte sich aber unter Justinian dieses, in dessen Constitutionen noch bestehende Eigenthum der römischen possessio durch einen salto mortale plötzlich in ein heutiges bloßes jus in re, eine fremde Sache innezuhaben, verwandeln können, oder sollte umgekehrt im heutigen Besitze noch, soweit er mit possessio bezeichnet wird, sich ein doppeltes Eigenthum neben dem römischen dominium, etwa so denken lassen, wie bei den Römern, deren possessio als bonitarisches und Provinzialeigenthum noch die römischen Classiker und die Zeit Justinians bis zu dessen Compilation neben dem civilen dominium kannte?? Unmöglich!

So zeigt sich empirisch im Leben der Vergangenheit und Gegenwart ein selbstständiges, germanisches und heutiges Besitzrecht des bloßen Detentor ohne animus domini — ein drittes Bild — in der Geschichte gegeben, thatsächlich, wenn auch undefiniert und zum Theil unbewußt, wie schon erwähnt, heutzutage anerkannt, sowohl vom deutschen Reichsgerichte und der übrigen Praxis, wie von den namhaftesten Juristen unserer heutigen Romanisten und Germanisten und der modernen Gesetzgebung, aber verschieden, wie wir sehen werden von dem antiken erstentstandenen Bilde: der römischen possessio animo domini und seiner Uebermalung durch das Mittelalter und Savigny, (von dem zweiten Bilde) eines bloßen „Rechtes des Besitzes"!

2. Vergleichen wir nun aber mit diesem dritten Bilde, mit diesem germanischen und heutigen Detentionsrechte, möglichst ausführlich das erste entstandene und ursprüngliche antike Bild des vermeintlichen Besitzes Savigny's, die von ihm nur übermalte wirkliche antike **römische possessio** selbst! Sie ist nimmermehr Faktum und Recht zugleich! sondern, und zwar vollständig ohne Uebermalung: das, durch Faktum (corpore et animo domini), d. i. durch „faktische" Eigenthumsausübung nur erworbene, rechtmäßige oder relative römische Doppeleigenthum, welches bis 531 n. Chr. neben dem civilen dominium (ex j. Quiritium), und zwar, wie soeben bemerkt, selbst zur Zeit Justinians auf italischem Boden noch in voller Geltung fortbestand: nämlich als dominium mit blos zweijähriger usucapio von Grund und Boden in Italien, und als possessio mit 20—30jähriger praescriptio bei dessen Erwerb nach jus gentium (c. 1, C. 7, 31, c. 1, C. 7, 25). Auch rechtmäßiges Eigenthum hieß so zur Zeit Justinians: possessio, niemals aber bloße Detention! Dieses kann eine historische Schule, welche von einer Identität des heutzutage geltenden Besitzrechtes mit der Vergangenheit ausgeht, niemals begreifen!

Diese wirkliche römische possessio war niemals eine heutige Detention oder Innehabung, und niemals etwas anderes, als das: durch Faktum, d. i. corpore und animo domini lediglich erworbene Eigenthum. Sie war so eben das Eigenthum des römischen jus gentium, welches nicht durch civile mancipatio und in jure cessio

Digitized by Google

erworben wurde, sondern durch traditio mit oder ohne die justae causae, welche gleichfalls dem jus gent. angehören, Gajus II § 41 ꝛc. Es ist nun unbegreiflich, wie dieselbe unsere Doktrinäre seit dem Mittelalter je von Eigenthum trennen und als Besitz, als etwas anderes, als Eigenthum erachten konnten! Vielleicht kein Recht der Welt wird je existieren, in welchem diese römische possessio, diese faktische Apprehension einer Sache animo domini, nicht unter Umständen, namentlich bei Mobilien, selbst rechtmäßiges (absolutes) Eigenthum sein und verbleiben wird! So beispielsweise ist die römische possessio (corpus und an. dom.) heutzutage selbst noch unser rechtmäßiges Eigenthum: bei der Apprehension einer res nullius, res derelicta, bello oder ab hostibus capta, beim Finder nach Anzeige bei der Polizeibehörde, beim Fruchterwerb, bei Accession, Adjudikation, Specifikation, Verbindung durch commixtio, confusio etc. Das Eigenthum zwar des »jus gentium« war diese possesio; sie war begrifflich aber so gut, wie wir sehen werden, Eigenthum, wie das civile dominium ex jure Quiritium; denn: war die possessio eine rechtmäßige, so wurde durch sie das civile dominium wie das dominium Justinians ausgeschlossen (z. B. l. 1 C. 7, 31: domini excludebantur). Auch zuvor erforderte die rechtmäßige possessio nur eine bloße »adjectio«, nicht eine acquisitio des civilen dominium: denn sie war selbst schon Eigenthum! — Nur in dem einen Punkte unterschied sich dieser römische Eigenthumsbegriff possessio, wie wir sehen werden, von dem modernen germanischen, noch unentwickelten, daß das römische Eigenthum in einer Stufenfolge das rechtmäßige neben dem relativen Eigenthum bezeichnete. Das justa und putativa causa erworbene Eigenthum der Publiciana war eben nach römischen Begriffen so gut Eigenthum, wie adversus caeteros oder extraneos, i. e. gegenüber Dritten selbst die possessio ad interdicta. Dieser Begriff des relativen Eigenthums war sogar, wie sofort nachweisbar, der Schwerpunkt des römischen Eigenthumsbegriffes! Mochte jemand juste oder injuste das Eigenthum der possessio erworben haben, wie wir sehen werden: ad versus caeteros, gegenüber Dritten, abgesehen von dem absoluten Eigenthümer, war er materiell und begrifflich ebensogut rechtlich geschützter Eigenthümer, wie der rechtmäßige; und der Erwerb ex justa causa: dotis, donationis, emti etc. war so, wie vollständig correkt, nur eine bessere Art desselben Eigenthumsbegriffes possessio, welcher eben alsdann nicht blos gegenüber dem nicht rechtmäßigen Possessor, sondern eben gegen jeden Dritten, auch den früheren Eigenthümer, von welchem der Possessor sein Recht derivativ justa causa erworben, i. e. absolut, wirkte.

Mit dem heutigen Begriffe einer „faktischen Detention oder Inhabung" aber hat — abgesehen von einer Aehnlichkeit des Wortschalles, wie einer späteren, mehr als tausendjährigen, barbarischen Mißdeutung des römischen Wortes — die auf dasselbe von dem unhistorischen Mittelalter angewandte römische possessio materiell nichts, aber auch absolut nichts gemein, als dies: Der heutige faktische Besitz als bloßes Faktum, dies Inhaben des Detentor, kann möglicher- und zufälligerweise den Erwerbtitel der römischen possessio, dieses antiken Eigenthumsbegriffes begleiten: nämlich die causa possessionis oder das römische corpus mit animus domini mitbegründen. Es kann ferner auch späterhin mit der römischen possessio zufällig noch verbunden sein. Kurz und mit klareren Worten: der römische relative Eigenthümer oder Possessor kann zufällig während des Erwerbes oder der Dauer seines Rechts, des Eigenthums, auch selbst faktisch besitzen oder detinieren. Mehr[2]) aber nicht! Die heutige Detention muß niemals! mit der römischen

[2]) Zur Verwechslung der röm. possessio und des germanischen Detentions- oder Inhabungsrechtes des fakt. Besitzers haben selbstverständlich, außer dem nachgebildeten Wortklange und dem hist. Unverständnisse des röm. Doppeleigenthums dominium und possessio noch eine Reihe geschichtlich nichtverstandener andere Begriffe beigetragen. — Z. B. die vermeintlich materielle Unterscheidung zwischen civilis und naturalis possessio, welche man aus einzelnen zufälligen Anwendungen auch materiell definieren zu können glaubte. Diese äußeren geschichtlichen, nimmermehr dogmatischen Unterscheidungen aber sind aus dem „materiellen" Begriff, dem Dogma der röm. possessio zur Vermeidung von Verwirrungen völlig hinauszudenken! Beide bezeichnen nämlich in Rom niemals eine „materielle" Art der possessio; sie geben vielmehr nur eine zufällige Notiz über die äußere Entstehung oder Anwendung; ob die einzelne Gestaltung der possessio entweder dem jus naturale angehört, (dies ist anfänglich gleich bedeutend mit positiven jus gentium, dem Verkehrsrechte der Römer mit Nicht-

Digitized by Google

possessio verbunden sein!! — Diese wirkliche antike, römische possessio ist sonach in ihrer geschichtlichen Wirklichkeit und im Gegensatze zu ihrer mittelalterlichen Verzerrung nichts, als: ein, — wie gesagt, möglicherweise durch jenen heutigen faktischen Besitz oder jene germanische, faktische „Detention", nothwendig aber nur durch das römische corpus überhaupt, (welches, wie wir sehen werden, viel weiter ist, als eine heutige Detention und einer Detention nicht bedarf), mit animus domini erworbenes — absolutes und relatives Doppeleigenthum des römischen jus gentium oder naturale — neben dem vorjustinianischen civilen dominium ex jure Quiritium. — Von unserem deutschen „Namen" Eigenthum, welcher blos absolutes oder rechtmäßiges Eigenthum bezeichnet, also unterscheidet sich zwar der Name dieses Eigenthums der römischen possessio dadurch, daß dieser in seinen niederen Stufen als publicianisches Recht und als possessio ad interdictu nach dem Ausdrucke der römischen Quellen selbst, zugleich ein »plus juris« (l. 2 D 43, 17; cf. l. 16 D 6, 2), wörtlich also zugleich nur ein sogenanntes „besseres Recht" oder nur sogenanntes „relatives Eigenthum" bezeichnet. Aber dieses relativ bessere Recht, oder relative Eigenthum hört doch juristisch deshalb nimmermehr auf, ein Eigenthum zu sein. Denn was ist ein solches relatives Eigenthum? Einfach ein Eigenthum, welches in Bezug (Relation) auf einen Dritten, nicht besser Berechtigten, alles: ein wirkliches Recht und Eigenthum, materiell ganz wie jedes andere Eigenthum ist und gilt, in Bezug auf den besseren und rechtmäßigen Eigenthümer aber nichts ist: keinerlei Recht, weder Eigenthum, noch sonst etwas! Auch dieses relative Eigenthum bezeichnen deshalb die römischen Quellen in der That völlig berechtigt, als ein Eigenthum der possessio nur gegenüber Dritten adversus caeteros oder extraneos (l. 53 D 41, 2; l. 1, § 9, l. 2 u. 3 pr. D 43, 17), oder als Eigenthum auf den bloßen Titel der possessio oder auf die bloße »causa possessionis« hin. Von ihm gilt eben der Satz der l. 2 D 43, 17: hoc ipso, quod

---

cives ꝛc., später erst bezeichnet es ein unjuristisches Naturrecht), oder aber, ob sie dem jus civile angehört. Jedes dieser verschiedenen Rechte nun aber des jus gentium, naturale der klassischen Zeit wie des jus civile konnte wieder alle verschiedenen materiellen Stufen der possessio, die rechtmäßige und unrechtmäßige possessio, bezeichnen und enthalten; z. B. die civilis possessio am ager publicus; — deshalb ist das Hereinziehen der zufälligen histor. Begriffe jus gentium, naturale und civile materiell ohne alle Bedeutung und wäre dies für eine materielle Begriffsunterscheidung höchst irreführend. (Ueber die verschiedene Bedeutung, welche das jus naturale und gentium zur Zeit der klassischen Juristen annahm, — vgl. meine Grundlagen einer Geschichte der röm. possessio 1884 u. A. § 14 S. 162 ff.)

Einen andern Grund zur Verwechslung von röm. possessio und deutscher sog. Detention oder fakt. Besitz bildete wohl auch das Nichtbegreifen des Verhältnisses der römischen possessio juris, hier quasipossessio genannt, zu dem, mit ihr identischen dinglichen Rechte selbst! Noch jetzt hält man vielfach vor allem Recht und quasipossessio für verschieden in der Art, als ob die quasipossessio ein Faktum wäre! Vielleicht, weil die quasipossessio selbst als eine justa und injusta verschieden sein kann. Diese quasipossessio juris bezeichnet aber in Rom stets das dingliche Recht der Servitut ꝛc. selbst i. e. eine Stufe des Rechts: entweder einen rechtmäßigen oder unrechtmäßigen Rechtserwerb, und hat als solches Recht nie etwas mit der germanischen Detention gemein, welche das röm. Recht eben noch nicht als Inhalt eines besonderen Rechtes kennt. Auch diese röm. »quasipossessio« nämlich war nichts, als wieder eine Charakterisierung desselben doppelten röm. Rechtssystemes für jura in re, welches eben das röm. Recht überhaupt in das Rechtssystem: des jus civile für cives und: des gemeinen jus gentium, des gemeinschaftlichen Verkehrsrechtes für cives mit Peregrinen schied. Possessio juris z. B. ususfructus ꝛc. wie possessio rei corporalis bezeichnete daher in Rom überhaupt nur diese Angehörigkeit eines Rechtes an das eine, röm. Doppelrecht des jus gent., welches possessio hieß. Innerhalb dieses duplex jus gab es aber, neben der possessio des gemeinen jus gent, auch ein particulares, civiles Recht, nämlich das, selbst in den Just. corpus juris noch hie und da erwähnte, dereinst durch civile Erwerbarten (mancipatio, in jure cessio) erworbene dominium juris (ex jure Quiritium); also nicht blos ein dominium rei corporalis, proprietatis (deducto usufructu); sondern eben auch ein dominium ususfructus und juris. Würde man deshalb aus der röm. quasipossessio einen andern Begriff, als den, des dinglichen Rechtes selbst, oder gar eine sog. deutsche Detention folgern wollen, so geriethe man wieder auf einen furchtbaren Irrweg! (Vgl. auch meine Grundlagen einer Gesch. der röm. possessio § 3 zu Note 20 S. 49 f.) — Dagegen kennt allerdings und erst das germanische und heutige Recht den Gegensatz zwischen dem dinglichen Rechte der Servitut selbst (in Rom also dominium oder possessio juris ususfructus auch quasidominium und quasipossessio) einerseits und dem heutigen, gleichfalls dinglichen Rechte der germanischen Detention eines fremden ususfructus z. B. anderseits. Ein Beispiel: Der Pächter einer Nutznießung eines Gutes, welcher blos den Usufruktus vom Usufruktuar pachtet, ist allein der blos faktisch Besitzberechtigte oder sog. Detentor des Gutes; der Verpächter dieses Nutzgenusses dagegen ist der dinglich berechtigte Usufruktuar, d. i. der dominus oder possessor juris, ohne Detentor und ohne possessor rei corporalis zu sein! Diese Beiden also existieren neben dem Eigenthümer des Grundstückes: dem dominus und possessor rei corporalis als einem dritten Rechte!

Digitized by Google

possessor est, »plus« juris habet, quam ille, qui non possidet, oder der Satz des französischen code civil: possession vaut titre i. e. possessio, oder faktische Verkörperung des Eigenthums an. domini ist, relatives Eigenthum und Eigenthumserwerb. »Plus juris« aber oder „besseres Recht" ist hiebei nur eine Umschreibung! Denn, fragen wir, *welches* ist denn eben dieses bessere Recht? Dann müssen wir uns sagen: kein anderes, als eben: ein besseres „Eigenthum" gegenüber einer, möglicherweise blos unberechtigten Eigenthumsprätention eines possessor corpore et animo domini! Dieses römische Doppeleigenthum der »possessio« des römischen jus gentium, welches sich von dem Namen unseres deutschen Eigenthums in unserem deutschen Sprachgebrauche unterscheidet, ist in Wirklichkeit durch Justinian auch dem Namen nach mit dem civilen dominium, soweit es justa causa erworben wurde, vereinigt und identisch geworden; das dom. ex j. Quir. wurde einfach beseitigt. Seinem Wesen nach ist so dies, theils absolute, theils relative Eigenthum der possessio das Justinianische einzige Eigenthum, auf welches jetzt nur der Name des civilen dominium nach seiner Vereinigung mit letzterem überging. Und es sollte demzufolge so endlich wohl auch als das, wohlverstandene heutige Eigenthum erkannt werden! — Von unserem deutschen Besitz- oder Detentions*rechte* endlich aber, wie gesagt, welches gleichfalls nicht blos Faktum ist, unterscheidet sich diese, theils absolute, theils relative römische possessio dadurch, daß dieselbe stets ein Eigenthum, jenes deutsche Detentions*recht* aber stets ein bloßes dingliches *Recht*, ein jus in res aliena ist, eine fremde Sache innezuhaben! —

*Beweise* dieser *Eigenthumsnatur* der römischen possessio nun ergeben sich in *zwei Gruppen* so zahlreich, daß man zweifeln könnte, ob die Doktrin von Savigny's Schule sie alle nur etwa übersehen und nicht vielmehr tendenzgemäß in favorem ihres Meisters Savigny todtgeschwiegen hat, um das Prästige der Schule zu retten: Als ob ein besseres und wahres Recht ihr nicht einen besseren Ruf zu begründen vermöchte!

a) Vor allem nämlich erkennt die römische *allgemeine Geschichte* der Gegenwart die Eigenthumsnatur der römischen possessio schon ganz unbeanstandet an; ja selbst auch die römische *Rechtsgeschichte* noch, soweit sie sich nur außerhalb des Dogmas bewegt! Nur sobald und wo unsere historische Jurisprudenz dies Gebiet der allgemeinen Geschichte und der Rechtsgeschichte verläßt und das Gebiet des positiven Dogma beschreitet, da, in dem Momente erst wird ihre possessio auf einmal ein ganz anderes Recht; in diesem Momente erst erfaßt und überwältigt auch sie der, heutzutage uns allen unwillkürlich „angeborene", in uns lebende heimische und moderne Besitz- oder Detentionsbegriff, welchen sie jetzt mit dem antiken zusammenschachtelt, in Verbindung mit der romantisch-aprioristischen Vorstellung unserer doktrinären historischen Schule, daß nun einmal unsere Geschichte durch die Geschichte der gesammten „Vergangenheit" gegeben, und daß deshalb unser lebendes Recht mit einer vergangenen, möglicherweise nicht mehr bestehenden oder ganz anderen Geschichte identisch sein müsse! In diesem Momente hörte eine „Geschichte" der historischen Schule zu denken geradezu auf, um dies heutige Detentionsrecht, dies jus in re aliena unter possessio subsumieren zu können und um nicht das gegebene heutige Detentionsrecht neu erfassen oder construieren zu müssen; sie wirft alsdann, wie unbewußt, den von ihr zuvor klar erkannten Eigenthumsbegriff der römischen possessio fahnenflüchtig über Bord; sie schafft aus demselben ein künstliches zweites „Recht des Besitzes". Unter diese vermeintliche römische possessio, unter dies ursprüngliche Eigenthum: glaubt sie dann auch das jus in re aliena des heutig lebenden und praktischen Detentionsrechts, eines canonischen Pfründebesitzers, Faustpfandes 2c. 2c. einschachteln, subsumieren zu können! Und doch, wie sollte ein, zuvor anerkanntes „Eigenthum" vor oder nach Justinian sich ohne jede äußere Veranlassung, wie gesagt, wie durch einen Salto mortale! plötzlich in das heutige bloße »jus in re aliena« verwandeln können, in das Recht, eine fremde Sache nur innezuhaben!? Wie sollte ferner der, zuvor anerkannte Eigenthumsbegriff der possessio eine sogenannte vermeintliche abgeleitete possessio eines precarium, pignus, sequester *in sich*! schließen können, ohne daß diesen Rechten selbst wenigstens ein vorübergehendes Eigenthum zugeschrieben würde?

Digitized by Google

So erkannte schon geschichtlich beispielsweise ein Niebuhr, Savigny, Mommsen übereinstimmend und bereits ganz offen an, daß die antike possessio in Rom nichts anderes war, als u. a. die bekannte »possessio« um ager »publicus«. Was aber war diese possessio? Diese ist das Recht der Eigenthums-occupation an einem, — von jedem Einzelnen e populo oder jedem civis — durch Occupation erwerbbaren, eroberten Lande. Was ist aber dies Recht alsdann schon hier anderes, als ein, — wie die Justinianische possessio des corpus juris noch — durch Apprehension corpore et animi domini — oder, was nach römischer Ausdrucksweise dasselbe ist: animo »rem« (d. i. das „Eigenthum" der Sache) sibi habendi — bedingtes und erworbenes Eigenthum? Völlig treffend und quellenmäßig schildert so ja beispielsweise eben dies Recht am ager publicus thatsächlich, ganz wie das heutzutage noch geltende gemeinrechtliche Justinianische Eigenthum, wiederholt Mommsen. (So u. a. röm. Gesch. II. Bd., 3. Aufl. S. 82): — — Wie von Alters her die Occupation des eroberten Domäniallandes gestattet, anderes Land aber, u. a. das von Capua, zwar nicht der Occupation preisgegeben, aber doch auch nicht vertheilt wurde. Wie ferner Capitalisten die kleineren possessores „auskauften" oder ihre Ländereien auch ohne Kaufbrief mittels der Theorie der „vollendeten Thatsache" einzogen, besonders wenn der Bauer im Felde war. — — Hier schon legt somit Mommsen mit der Schilderung einer römischen »possessio« des ager publicus geradezu treffend den Erwerb eines Rechts und Eigenthums der bloßen römischen possessio und zwar nicht nur etwa den Erwerb jenes blos relativen Rechts dar, welcher etwa auch im modernen jus gentium: im Völkerrechte mittels der gleichen „vollendeten Thatsache", mittels des sog. »fait accompli« vor sich geht; — sondern geradezu den Erwerb eines vollen privatrechtlichen römisch-Justinianischen „Eigenthums". — Auch in den Justinianischen Pandekten noch nämlich erzeugt ja der Erwerb einer solchen derelinquierten oder vom Feinde eroberten res ex hostibus oder res bello capta mittels bloßer possessio — auf diesen bloßen Titel der Occupation oder des corpus mit animus domini oder rem (das Eigenthum der Sache) sibi habendi allein hin — schon: eine possessio, diese possessio kann schon deshalb nimmermehr bloße Detention sein; weil derselbe Erwerb im Justinianischen Rechte ja wörtlich zugleich volles dominium genannt wird und ist; man vgl.: l. 5 § 7 D 41,1 mit l. 1 § 1 D 41,2! — Dieselbe possessio am ager publicus ferner konnte nach Mommsen „verkauft" werden! Hier haben wir also schon wieder ein Eigenthum der römischen possessio, welche, wie wir alsbald ersehen werden, auch nach dem Justinianischen corpus juris ex justa causa des Kaufes „erworben" wurde. Denn die justae causae des Eigenthumserwerbes werden, wie wir sofort sehen werden, selbst von Justinian noch als die causae des „Erwerbes" der possessio bezeichnet[3])! Auch diese ex justa causa des Kaufes erworbene vorjustinianische possessio somit ist nach Justinianischen und heutigen Begriffen nach der Vereinigung von dominium und possessio wieder volles dominium! — Der von Mommsen endlich weiter angedeutete Verlust, die Dereliktion dieser »possessio« und deren Verjährung, welcher eben den Verlust dieser »possessio« des ager publicus nach sich zog, (wenn der Bauer im Felde war,) ist wieder wirkliche Justinianische Eigenthumsaufgabe; nämlich Aufgabe der possessio wie des Justinianischen dominium. Er enthält den „Eigenthums-Erwerbtitel pro derelicto" für den neuen Occupanten (tit. D 41,7). Und zwar verjährte das Interdikt des possessor, welches anfänglich demselben possessor vor der Einführung der Publiciana, — etwa bis in's 6. Jahrhundert der Stadt — allein zustand, schon in einem Jahre. Daher der Jammer des Eigenthümers, welcher in's Feld mußte. Die von Mommsen so geschilderte possessio am ager publicus also erzeugte nichts anderes, als einen

[3]) Einen Einwand hiegegen von Brinz hat wohl der Verf. schon in dem rechtsgeleerd magazijn von Dr. Drucker etc. Harlem 1882. Bd. I S. 309 widerlegt. Es könne ja, meint Brinz, auch eine bloße Detention, also eine gepachtete, gemiethete Sache verkauft werden! Allein eine bloße Detention ist ja nur ein Besitz einer bewußt fremden Sache: Der Verkauf der Detention einer solchen remden Sache konnte also von Justinian unmöglich gemeint und gestattet werden! Denn dies wäre eine Gestattung einer Unterschlagung einer fremden Sache, und der ganze Digestentitel 41, 2 des corpus juris, soweit er von Veräußerung des possessio »animo domini« spricht, müßte dann von nichts, als von Gestattung von Unterschlagungen handeln!!

Digitized by Google

römischen Eigenthums-Erwerb und Verlust überhaupt, welcher wie der gesammte Eigenthumserwerb einer nicht mancipierten res mancipi eben possessio (civilis) hieß.

Noch mehr; eine ganze Reihe genereller weiterer geschichtlicher Eigenthumsbeweise für die Natur der römischen possessio gesteht ja auch schon Savigny selbst speciell ganz offen zu! — Nach Savigny[1]) war u. a. die römische possessio vor Justinian das römische »in bonis«: Was ist dieses? Dasselbe ist wieder nichts anderes, als das mit dem technischen Begriffe „im Vermögen nach jus gentium" (bona) lediglich umschriebene Doppeleigenthum eben: der possessio aus dem jus gentium! Was heißt dies lebensvoller und praktischer angesehen? Dies heißt ja: Alles Eigenthum, welches vor Justinian in Rom an res mancipi nach den Regeln des Justinianischen und heutigen gemeinen Eigenthumserwerbs möglich war und erworben wurde, hieß: »possessio«. Aller Eigenthumserwerb also an italischen Grundstücken, an Sklaven, quadrupedes ꝛc. mittels des rechtmäßigsten Eigenthumserwerbtitels des Justinianischen und heutigen Eigenthums: — durch die aus dem jus gentium stammenden justae causae des Kaufes, Tausches ꝛc. und traditio, ohne civile mancipatio und in jure cessio — hieß damals bis auf Justinian —, bis dieser die differentia des jus Quiritium und der res mancipi und nec mancipi officiell beseitigte (c. 1, C 7, 25, c. 1 in fine C 7, 31) — nicht etwa dominium (ex jus Quirit.), sondern officiell in der That nur allein: possessio!! — Savigny erkennt bereits ferner an, daß diese römische possessio das römische Provincialeigenthum war: Was heißt, praktisch gedacht, auch dies wieder? Dies heißt: das einzige Eigenthum, welche selbst römische cives in dem unermeßlichen Provinzialboden des römischen Reichs erwerben konnten, hieß in Rom: nicht etwa dominium, sondern nach Gajus II § 7 ausschließlich: possessio. Mit anderen Worten: am ganzen römischen Provincialboden gab es kein anderes römisches Eigenthum, als possessio: nie civiles dominium, außer auf Seite des Staates! (Die Stelle in Gajus II § 40 also steht nicht entgegen; wie Verf. gezeigt, vgl. rechtsgeleerd magazijn von Dr. Drucker ꝛc. Bd. I 1882 S. 176, dies eben widerlegt Gajus II § 7!) Ebenso erkennt Savigny weiter an, daß possessio auch noch: das Recht und Eigenthum des bonorum possessor im Erbrechte, des missus in possessionem ex II decreto ist; endlich erkennt Savigny mit anderen an; daß diese possessio ferner das Publicianische und prätorische Eigenthum war!! (Vgl. Savigny R. des Bes. 6. Aufl. S. 116—118, 216—221 ꝛc.). — Nach diesen Anerkenntnissen aber Savigny's selbst schon war die possessio, dieses in bonis ꝛc., in klarster Weise im allgemeinen ja nur die eine Hälfte des römischen duplex dominium (Gajus II § 40 und 7) aus dem jus gentium, dessen andere Hälfte eben das civile dominium ex jure Quiritium war! Nothwendig wurde dies Eigenthum der »possessio« auch, soweit es eine possessio justa causa war, demzufolge durch die bekannten Constitutionen Justinians c. 1, C. 7, 25, c. 1 C. 7, 31 erst mit dem civilen dominium zu einem einheitlichen Eigenthum compiliert. Das Justinianische Recht hat hier zwar allerdings auch nach seiner Compilation, wie stets auch in seinem übrigen Rechte die „Doppelnamen" des jus civile und gentium: dominium und possessio beibehalten; ähnlich wie es beispielsweise die Doppelbegriffe des jus civile und jus gentium: legatum und fideicommissum, usucapio und praescriptio ꝛc. ꝛc. auch nach ihrer Vereinigung beibehielt: (vgl. meine Grundl. einer Geschichte der römischen possessio 1884, S. 6—9). — Durch welch' unmöglichen, juristischen salto mortale sollten auch hier eben wieder all' diese bisherigen absoluten und relativen Begriffe des Eigenthums der possessio in Rom, dies in bonis, dies Publicianische, prätorische ꝛc. Eigenthum neben dem relativen Eigenthume des plus juris der Interdikte plötzlich in ein ganz anderes Recht, in das bloße jus in re, eine „fremde" Sache innezuhaben (das heutige Detentionsrecht unter 1), umgewandelt worden sein, in ein Recht, welches die Römer doch zuvor als dingliches Recht juristisch gar niemals kannten!? Nur die Zweiseelentheorie des doktrinären Savigny und seiner Schule

[1]) Savigny, Recht d. Bes., 6. Aufl. bezeichnet die röm. possessio: — als bonitarisches Eigenthum in § 8 S. 107 Note 2; § 9 S. 116; § 12a S. 219 zu Note 2; — als Eigenthum am Provinzialboden § 9 S. 117, § 12a S. 220 — als Recht am ager Publicus § 12a S. 216 — als prätorisches Eigenthum S. 116 Note 1; ebenda als publicianisches Eigenthum ꝛc. — Aehnlich auch viele andere Historiker! —

Digitized by Google

des Rechts einer „gesammten Vergangenheit" gehört dazu, um dieses mittelalterliche Unding trotz aller neuentdeckter rechtsgeschichtlichen Fragmente und eines Gajus fortzuspinnen und so in der römischen possessio noch jetzt nach Bedarf bald Eigenthum bald Detention zu sehen!

b. Wie die allgemeine Geschichte Roms, so zeigt aber auch das positive Dogma des Justinianischen corpus juris selbst das „Eigenthum" der römischen possessio wieder in vollster Klarheit, entgegen allen Entstellungsversuchen durch die Glosse, durch Naturrecht, ältere Praktiker und neuere historische Schule! — — Geradezu unglaublich ist ja, wie hier noch heute durch das Studium der römischen possessio aus Savigny's litterarhistorischen Zusammenschachtelungen, statt aus den reinen römischen Quellen, sich solche grelle Mißverständnisse, geradezu solche Märchen, forterhalten konnten: Eine unbefangene Lektüre des einen Digestentitels de a. vel. a. possessione 41, 2 beispielsweise würde schon die Unmöglichkeit des „Rechts des Besitzes" Savigny's innerhalb der römischen possessio ebenso zeigen müssen, wie die allgemeine Geschichte Roms! Sofort das pr. der l. 1 D 41, 2 schon führt die Entstehung der römischen possessio auf die Ansiedelungen (»sedes«, nicht etwa auf das germanische „Sitzen"!) und damit auf einen offenbaren Eigenthumserwerb des oder doch wie beim ager publicus zurück! Was sollte denn ein Ansiedler als solcher, welcher, wie die Stelle auch noch beifügt, »insistit« i. e. beharrlich auf der Ansiedlung verweilt, anders wollen: als Eigenthumserwerb? Dann bemerkt l. 1 § 1 weiter, wie das, erst spätere, civile dominium selbst aus der römischen possessio des jus naturale oder gentium, offenbar zur Zeit der XII Tafeln aus der alleinigen possessio der Patricier am ager publicus etc. erst entstand; dies bestätigt nur wieder, was Gajus II § 40 und § 7 berichtet, daß nämlich ursprünglich auch bei den Römern nur ein Eigenthum bestand, (wobei zwar Gajus dies Eigenthum mit dem damaligen geläufigen einen der beiden Eigenthumsbegriffe: »dominium« bezeichnet, aber ohne damit sagen zu wollen, daß es früher auch dominium hieß, cf. Gajus II § 7!) Dann bestätigt l. 1 § 1 ausdrücklich, daß die possessio ein wirklicher Eigenthumserwerb ist: »ejus fiunt«, qui primus eorum possessionem nactus est! l. 1 § 2 beginnt sodann mit der Stellvertretung der römischen possessio, welche bei einem Faktum einer Detention, wie wir sehen werden, unmöglich wäre; l. 2 ferner setzt die possessio mit der usucapio in Verbindung, welche doch nur bei einem relativen „Eigenthum", nicht bei einem jus in re einer germanischen Detention denkbar ist; l. 3 § 4 ff. bes. § 21—23 bezeichnet die »justae causae« ferner des Eigenthumserwerbes ausdrücklich als die Erwerbtitel der wirklichen römischen possessio! § 21—23 bez. die possessio ex justa causa als genus oder species possessionum; l. 11 l. c. (mit l. 6 D. 6, 2) bezeichnet das prätorische Eigenthum als possessio! Kurz der ganze Digestentitel 41, 2 enthält hauptsächlich nur den Eigenthumserwerb: an res mancipi, welcher ohne civilis mancipatio etc. in der classischen Zeit und so in den hier aufgenommenen Fragmenten der Classiker noch possessio hieß, während der Digestentitel 41, 1 de aquir. dominio regelmäßig nur den Eigenthumserwerb von res nec mancipi enthält, weil dieser — selbst bei Erwerb nach jus gentium ohne civile mancipatio etc. — bei den Classikern schon dominium hieß!

Fast wie eine völlig neue Lehre erklärt und muthet so — uns, allerdings in dem, uns angeborenen, germanischen Detentionsbegriffe Befangenen — dies dogmatische System der possessio der reinen Justinianisch römischen Quellen an! — Ueberblicken wir dies materielle System deshalb übersichtlich! Wiederholen wir auch da mit voller Breitseite: Die römische possessio ist niemals eine bloße faktische Detention. Schon die niederste Stufe der possessio, die sog. possessio ad interdicta, ist materiell, wie gesagt, nach dem klarsten Wortlaute der l. 2 D. 43, 17 etc., bei Justinian noch, nimmermehr diese bloße faktische heutige Detention, sondern ein Recht: wörtlich »plus juris«, besseres „Recht", oder, was dasselbe ist, relatives „Eigenthum": nicht ein Faktum, sondern das, durch ein Faktum, durch die vollendete Thatsache (fait accompli) des corpus und animus domini erworbene „Recht" oder relativ besseres Eigenthum! Selbst allerdings eine injusta possessio des Diebes ist da mit Grund wenigstens noch relatives Eigenthum: Eigenthum

Digitized by Google

in Bezug (Relation) auf jeden dritten Eigenthumsprätendenten, welcher nicht zuvor gleichfalls mittels desselben fait accompli des corpus und animus domini, mittels dieser causa possessionis, allein die gleiche possessio erworben hatte! Diese injusta possessio nun aber nützt, oder obsiegt (selbst bei dem Diebe) nur adversus ceteros oder extraneos: (l. 1 § 9 l. 2 l. 3 D. 43, 17; l. 3 § 5 l. 53 D. 41, 2). Auch dieser vitiosus possessor nämlich kann für sich gegenüber dritten extranei geltend machen: possession vaut titre« oder eo, quod possideo, plus juris habeo, quam qui non possidet, m. a. Worten, er darf jetzt zu einem, der ihm die Sache wieder gestohlen hat, zwar sagen: potior tempore, potior jure, während er aber allerdings mit seinem bloßen Interdikte gegenüber dem Bestohlenen, dem besseren possessor oder besseren und rechtmäßigen Eigenthümer (in dem Interdikte, weil auch dieses schon die vitia beachtet, mittels der Publiciana und vindicatio) unterliegt. Es ist ja doch ferner hier schon wiederholt betont worden, wie eben diese bloße »possessio«, gestützt auf nichts weiteres, als auf die causa possessionis: auf corpus und animus domini, auch im heutigen Recht noch, sogar volles, rechtmäßiges Eigenthum: sog. dominium erzeugen kann, so daß also in diesem einen Falle uns selbst von jeher possessio und dominium selbst rechtmäßiges Eigenthum war und schon bisher als identisch anerkannt werden mußte! So, wie gesagt, bei der Occupation einer »res nullius« oder »res derelicta«! So aber war die römische possessio schon auf der niedersten Stufe — mit causa possessionis oder corpus und animus domini allein — bald relatives, bald sogar rechtmäßiges Recht und Eigenthum! — An sich ferner ist nach römischen Begriffen der Erwerb des Eigenthums der römischen possessio systematisch durch das bloße Faktum des corpus und animus domini allein schon, wie gesagt, begrifflich vollendet, begründet und erworben: Mit diesem Faktum ist allein schon bei animus domini der Eigenthumsübergang jure gentium vollendet; denn nach Auffassung der Römer ist dieses Faktum des corpus und animus domini eben allein schon die »causa« possessionis, d. i. der Erwerbtitel der possessio, welcher allein schon dies, bald relative nnd unrechtmäßige, bald rechtmäßige (bei res derelictae ꝛc.) Eigenthum erwirbt. Dieselbe römische possessio konnte man nun zwar auch nach Justinianischem Recht noch durch die justae causae des Eigenthumserwerbes, welche gleichfalls causa possidendi sind: des Kaufes, Tausches der Schenkung, dos ꝛc. erwerben, somit durch Vertrag: wenn zu diesem die Verkörperung des corpus hinzutritt. Welche Rolle nun spielt dieser Vertrag? Begrifflich keine! Hier wirkt auch sogar der rechtswirksamste Vertrag nach römischer Anschauung, nicht qua Vertrag, sondern nur als die, allein das Eigenthum des jus gentium übertragende „Thatsache" der Verkörperung oder des »corpus«! und ein solches, durch ihn miterworbenes rechtmäßiges Eigenthum der possessio ist ebendeshalb nach Anschauung der Römer, wie wir sehen werden, nichts, als eine bessere „Art" desselben Eigenthums possessio überhaupt! (l. 3 § 21—23 mit l. 53 D. 41, 2; l. 1 § 9, l. 2 l. 3 D. 43, 17)!! Im Wesen aber, in summa oder im Begriffe des antiken Eigenthums der possessio macht es nach der Anschauung der Römer gar keinen Unterschied, ob jemand injustus oder justus possessor: ob jemand absoluter oder relativer Eigenthümer, i. e. Eigenthümer gegenüber allen oder nur gegenüber dritten, extranei ist: Der Begriff ist derselbe! Der Erfolg der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit des Eigenthums vielmehr äußert sich in Rom nur in rechtlichen Folgen. In dem Vorrange vor dem unrechtmäßigen Eigenthumsprätendenten, in der formellen actio, dem judicium, der vindicatio und Publiciana, aber nicht im Begriffe: Entstanden, vollendet, wie bemerkt, ist der römische Eigenthumsbegriff der possessio schon durch das „Faktum", die Thatsache, das fait accompli eines, bewußt animo et corpore sich verkörpernden Eigenthumsüberganges allein! Nicht einmal ein vollständig klagbarer Contrakt also des Kaufes ꝛc. allein, wohl aber selbst ein klagloses, concludentes pactum, nur verbunden mit der — und concludent ausgeprägt als — Verkörperung des »corpus« und animus (als Apprehension) überträgt jure gentium dies Eigenthum. — Warum dies Faktum allein? — Der Grund ist ein historischer. Die possessio des römischen »jus gentium« nämlich (innerhalb dieses jus gentium entstand ja diese Eigenthumsart) war in Rom zugleich zum Verkehre

Digitized by Google

inter gentes, welche des commercium und des Rechts, bindende Verträge zu schließen, nicht theilhaftig waren, somit zum Verkehre zwischen den Fremden der verschiedenen civitates des vorjustinianischen Rom unter sich wie auch zum Verkehre zwischen cives und Fremden bestimmt. Diese possessio allein vermittelte deren Verkehr, Handel und Wandel. (Vergl. des Verf. Grundl. einer Geschichte der römischen possessio 1884 § 15 S. 176 ff.) Weil nun diese verschiedenen Völkerstämme des römischen Reichs, so lange sie des commercium mit den cives nicht theilhaftig waren, auch zugleich unfähig waren, bindende Verträge zu schließen, deshalb übertrug auch noch später nicht einmal die rechtmäßigste causa eines civilen Vertrags allein dies ihr Eigenthum possessio, wohl aber ein „Faktum" oder „vollendete Thatsache", das fait accompli eines Eigenthumsübergangs. Dies erforderte nebenbei ja auch, wie keine Obligation der Person, so eben auch zugleich keine, bei Fremden unzulässige Exekution gegen die Person, sondern nur eine bei ihnen allein mögliche Exekution gegen die Sache. Diese vollendete Thatsache, dies Faktum des Eigenthumsübergangs allein und dieses »res« repetere vermochte daher alsdann schon im ältesten Rom eine Priesterrechtspflege, dann das Interdikt des praetor peregrinus zu schützen. Dies der geschichtliche Grund, warum zum Erwerbe der römischen Eigenthumsart possessio nur ein Faktum, nie ein Vertrag wesentlich war! (cf. des Verf. Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio, § 3 S. 51, § 16 S. 199 ff.). — Dies Wesen nun aber: der römische Eigenthumsbegriff possessio ist, wie gesagt, nothwendig auch unter Justinian noch das gleiche verblieben, nachdem es, unter der Umschreibung in bonis durch Justinians Constitutionen, mit dem civilen dominium vereinigt und, soweit es justa causa erworben wurde, mit diesen identisch wurde, niemals wurde es zur bloßen heutigen Detention, immer verblieb der Name der römischen possessio, wie von Anfang an, der eines römischen Eigenthums! Keineswegs Zufall ist es daher, daß — Paulus neben Theophilus — betont, daß der animus des possessor ein animus eines Eigenthumserwerbes ist. Das Wort animus »domini« würde sogar durch Justinians Compilatoren erst interpretiert sein! Vorjustinianisch konnte der possessor nur animus possidendi haben. Denn der possessor als Eigenthümer des jus gentium konnte doch nur den animus haben, possessio, d. i. Eigenthum nach jus gentium, nicht civiles dominium zu haben! Aber die Worte animus possidendi bezeichnen selbst schon den animus, „Eigenthum" nach jus gentium zu haben. Denn possessio heißt Eigenthum! — Dies das römische System! —

Vollständig übersieht, unterschlägt so Savigny's Schule auch den ganzen, in den Justinianischen Quellen gegebenen Ausbau dieses Systems des dogmatischen Eigenthumsbegriffes possessio: Dadurch, daß eben diese Schule auch das heutig positive Recht in der gesammten Vergangenheit a priori gegeben und mit dem ganz anderen Rechte der Vergangenheit ebendeshalb auch diesen unseren heutigen Besitz des Detentor identisch erachtete, übersah sie alle diese Eigenthumsweise der römischen possessio! — Sie übersieht so oder verschweigt, wie gesagt, vor allem, daß im corpus juris noch die sämmtlichen justae causae des Eigenthumserwerbes, die justae causae pro emptore donato, dote, legato etc.! nichts sind, als ausdrücklich und buchstäblich die causae des „Erwerbes"! dieser wirklichen römischen »possessio«: causae possidendi,[5]) nicht etwa bloße causae possessionis! Wie sollte eine animo domini rechtmäßig erkaufte und tradierte Sache eine bloße Detention begründen? Auch äußerlich ist dies sehr wohl erklärlich: Ist ja doch der Eigenthumserwerb des gemeinen römischen jus gentium, der Erwerb dieser possessio, welche zugestandenermaßen und quellenmäßig gleich ist dem »in bonis«, allein in die Justinianische Compilation überhaupt übergegangen. Nicht aber ist in die Justinianische Compilation übergegangen der ganze reine civile Erwerb des dominium ex jure Quiritium, die mancipatio und in jure cessio! Deshalb konnte das, aus Justinians Compilation des jus civile und jus gentium ent-

[5]) l. 17 D 6, 2: possessionem ex ea causa nactus est; l. 28 in f. D. 9, 4: justam causam possidendi; l. 7 § 3 D. 10, 3: justa causa est possidendi; l. 3 § 21 l. 3 § 4 D. 41, 2; § 4 J. 4, 6. Vgl. meine „Grundlagen einer Geschichte der röm. possessio" 1884 S. 59—60, Grunhuts Zeitschrift, Wien VI. 1879, S. 559 Note 2.

Digitized by Google

standene Justinianische Eigenthum nur diese causae oder Erwerbtitel des Eigenthums der possessio des jus gentium erwähnen! — Savigny's Schule übersieht oder verschweigt ferner, daß, wie gesagt, nach l. 3 § 21 ff. D 41, 2 dieses, ex justa causa erworbene, also: das volle, rechtmäßige „Eigenthum" der possessio, das Recht, welches wir Deutsche allein als Eigenthum anerkennen, nach den Begriffen der Römer ausdrücklich nur eine bloße Art: entweder eine »species« oder ein »genus« der römischen possessio i. e. des römischen Eigenthums überhaupt bezeichnet wird. Wie aber sollte alsdann dieselbe possessio ad interdicta — als »species« oder „Gattung" der possessio, neben dem justa causa erworbenen rechtmäßigen Eigenthume der possessio — nur ein bloßes Faktum einer Detention oder Inhabung, nur faktischer Besitz sein können?! — Man übersieht oder verschweigt weiter, daß zufolge des sogenannten unus casus in § 2 J 4, 6 und des ganzen Digestentitels de Publiciana die actio Publiciana in Wirklichkeit: die actio, nicht zwar einer Detention, wohl aber nur eben dieser römischen possessio ist! welche, wie wir sehen werden, auch ohne Detention sich nach jus gentium durch corpus und animus dom. verkörpern, oder, ipso jure civili selbst ohne Detention übergehen konnte! — Man beachtete ferner nicht, daß dieser Eigenthumsbegriff der wirklichen römischen possessio nicht etwa dadurch verändert wird, daß der antike Eigenthumsprozeß wegen des Geltens eines doppelten Rechtes in Rom: des jus civile und jus gentium geschichtlich in zwei Eigenthumsprozesse zerfiel, und daß diese, zuvor berechtigte Theilung noch von Justinian und zwar nur aus bloßer Gewohnheit und vermeintlichen Zweckmäßigkeitsgründen (quia »commodius« est, possidere quam petere; ideo ingens existit contentio de possessione § 4 J 4, 15) und eigentlich grundlos beibehalten wurde; als ob nicht der Rechtsuchende geschädigt würde, wenn der rechtmäßige Eigenthümer möglicherweise gezwungen wird, dieselbe relative Stufenfolge seines Eigenthums in zwei Prozessen zu erstreiten: Sich dieselbe erst abstreiten zu lassen, um sie dann erst mit Recht, aber nach Verlust von Kosten und Zeit ꝛc. zu erstreiten! Zuerst nämlich wurde in Rom im „Eigenthumsstreite" untersucht (cum de proprietate controversia, ante quaeritur § 4 J 4, 15): ob jemand jure gentium auf die causa oder den Titel der possessio allein: des corpus und animus schon, Possessor und deshalb relativer „Eigenthümer" war. Dies konnte der unrechtmäßige Eigenthümer sein. Dann erst wurde in einer actio oder petitio, welche ursprünglich allein ein judicium begründet, untersucht, ob ihm ein rechtmäßiges besseres Eigenthum zustehe. So zwar, daß dann erst — beim civis innerhalb einer legis actio untersucht wurde, wer dominus ex j. Quiritium — beim Nichtcivis aber und bei nicht civilem Eigenthumserwerbe innerhalb des judicium Publicianum, ob ihm eine bessere possessio mit justa oder putativa causa (Publicianisches Eigenthum) nach jus gentium zustehe. — Endlich übersah man — eine Hauptsache! — daß ja die, erst heutzutage irrthümlich so bezeichnete abgeleitete possessio des römischen pigus, precarium, sequester in Rom keineswegs eine abgeleitete! sondern eine wirkliche, einheitliche, volle possessio, wirkliches Eigenthum mit animus domini oder rem sibi habendi war; nimmermehr aber bloße Detention ohne an. domini! Daß eben bei dieser possessio begrifflich, wenn auch widerruflich oder zeitlich begrenzt, in Rom wirkliches Eigenthum[6]) des jus gentium nämlich, daß hier nur das „Eigenthum" dieser possessio oder das »in bonis« zum Zwecke und auf die Dauer der Verpfändung, Sequestration oder bis zu precärem Widerrufe tradiert wurde! Ganz ebenso, wie ja auch im vorjustinianischen Rechte, innerhalb des jus civile selbst das »civile dominium (ex jure Quiritium — durch mancipatio oder in jure cessio) mittels »fiducia« gleichfalls nur zum Zwecke einer Verpfändung,

[6]) Ein handgreifliches Beispiel! Nehmen wir an: Jemand, (etwa ein, durch zuvieles Forschen über römische possessio an eigenem Besitze herabgekommener Jurist), übergibt einem Freunde seinen letzten, vielleicht nicht einmal gekauften, sondern nur gefundenen Rock, also eine possessio non justa causa, gegen ein Darlehen zum sofortigen Eigenthum. Zahlt der Darlehensempfänger das Darlehen nicht, so bleibt der Darleihende bis zur vollständigen Bezahlung der nicht rechtmäßige, gleiche Eigenthümer, wie der Tradent, lediglich mit der bekannten Beschränkung in Bezug auf den Verkauf. Ist dies der Fall, dann haben wir eine relative possessio pignoris erlebt. — Zugleich das relative Eigenthum verstanden die Römer unter possessio pignoris!

Digitized by Google

Sequestration oder bis auf precären Widerruf zeitweilig übertragen werden konnte; oder ganz so, wie noch nach heutiger Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Zwecke einer Verpfändung vorübergehend das volle Eigenthum auf Zeit ꝛc. übertragen werden darf! Kurz, man übersah, daß die römische possessio als Eigenthumsbegriff allein eine einheitliche Lehre zuläßt!

c) Dann übersah umgekehrt Savigny's Schule vollständig, wie gesagt, auch noch die Verschiedenheit des inneren Baues des bloßen „Faktums", der römischen possessio corpore et animo domini schon und der germanischen Detention speciell. Diese Verschiedenheiten beider sind folgende. — Einmal in Bezug auf den animus. Einmal kann und darf der bloße Detentor, der faktische Innehabende als solcher, niemals animus domini haben. Auch der, blos zur Detention, zum Inhaben Berechtigte darf nicht mehr wollen, als: innehaben; nicht aber sich ein Eigenthum anmaßen: Dieser, nur zur Detention Berechtigte würde sonst sein bloßes Recht, eine Sache innezuhaben, widerrechtlich überschreiten und sich die causa selbst unzuläßig mutieren! z. B. der Pfründebesitzer, deutsche Faustpfandgläubiger! Bei der possessio dagegen ist animus »domini« wesentlich. — Zweitens, und das ist die Hauptsache, ist auch die germanische faktische Detention selbst wieder etwas ganz anderes, als das Faktum des corpus des römischen possessor an sich. Wie schon angedeutet, ist dies römische »corpus«, diese thatsächliche Verkörperung des römischen Eigenthumsüberganges, im Vergleiche zur germanischen und heutigen Detention, um vieles weiter; das römische corpus ist gewissermaßen ein Gattungsbegriff, welcher die bloße Detention nur als einzelne species in sich schließt; somit in sich schließen kann, nicht in sich schließen muß! Eine germanische und heutige wirkliche Detention speciell dagegen hat nur derjenige, welcher eine Sache entweder persönlich oder durch bloße Mittelspersonen, welche nur seine äußeren Werkzeuge und von seinem Willen abhängig sind, wie: Dienstboten, Hausangehörige ꝛc., faktisch selbst unmittelbar innehat; also: entweder in der Hand oder in eigenem Verschlusse unter seiner Verfügung oder in sonstigem Gewahrsam (persönlich oder durch dritte Abhängige) hat, so daß er mittels seines Willens sofort und unmittelbar auf die Sache faktisch einwirken, über die Sache faktisch verfügen kann. Das römische »corpus« dagegen, welches durch sein Faktum, durch faktische Herrschaft, zwar das römische absolute oder relative Eigenthum der »possessio« — aber nicht nothwendig eine bloße Detention — „erwirbt", ist infolge des constitutum possessoriam schon viel weiter, als diese körperliche und unmittelbare Detention! und gegeben, auch wo der Eigenthümer über die Sache nicht unmittelbar verfügen kann. Dasselbe kann, wie die Detention, zwar auch entweder orginär mittels occupatio oder derivativ, mittels römischer traditio vor sich gehen, ist aber eben in beiden Fällen auch dann schon gegeben, wenn der, die possessio Apprehendierende oder Erwerbende nie selbst detiniert, sondern bloß mittelbar durch selbständige dritte Detentoren erwirbt, welche nicht bloße Werkzeuge oder Mittelspersonen sind, sondern nach eigenem Willen und Rechte detinieren: somit durch berechtigte dritte Detentoren, wie einen Pächter, Miether, Faustpfandgläubiger ꝛc. und ohne als possessores jemals persönlich oder durch bloße Mittelspersonen die Sache selbst faktisch detinieren, innehaben zu wollen! — In Wirklichkeit also bezeichnet das römische corpus so nicht entfernt eine heutige Detention, sondern nur eine äußere „Verkörperung" der objektiven Thatsache (nicht blos des Willens) oder eine Verkörperung des fait accompli, welches faktisch allein schon eine thatsächliche volle Dispofition über den Eigenthumsgegenstand „als Eigenthümer" entweder durch unmittelbare Detention oder mittelbar durch andere, dritte Detentoren enthält! — So aufgefaßt ist daher auch selbst die derivative römische »traditio« nicht die bloße „germanische" Tradition, nicht eine germanische trans-datio, sondern weit richtiger eine römische trans-itio. Denn sie, wie beispielsweise die orginäre römische occupatio, ist auch dann schon gegeben, wenn der römische possessor (der römische relative Eigenthümer) eine Detention gar niemals, auch in Zukunft niemals, selbst erwerben will, welche beim deutschrechtlichen Besitze des innehabenden Detentor doch allein wesentlich ist! Dies beweist ganz klar und einfach schon, abgesehen von anderem, die römische Traditionsform

Digitized by Google

des sog. constitutum possessorium! Hier eben verkörpert schon ein bloßer Vertrag ohne jede Detention des possessor den thatsächlichen Uebergang, das corpus der wirklichen römischen possessio: wenn auch nicht als Vertrag, sondern als Faktum. Ja es kann sogar überdies zu den concludenten Abmachungen des klaglosen „pactum der Eigenthumsüberlassung", zu diesem corpus auch noch ein weiterer rechtswirksamer, wirklich klagbarer Vertrag hinzutreten, daß diese Detention nicht auf den possessor übergehen soll oder darf, z. B. ein Realvertrag eines commodatum, depositum, ein Consensualvertrag einer locatio conductio dahin, daß jetzt sogar gerade umgekehrt der Erwerber des Eigenthums, der possessor, ausdrücklich veranlaßt oder persönlich verpflichtet werden solle, eben diese germanische Detention, welche nach Savigny irrthümlich die Grundlage aller possessio sein sollte, eine Zeit lang gar nicht auf sich, den possessor, zu übertragen, sondern diese Detention bei dem, die possessio Aufgebenden und Veräußernden als Detentor, als Pächter, Miether ꝛc. gerade umgekehrt fernerhin zu belassen!! Wenn aber so unter Umständen — bei einer thatsächlichen Uebertragung eines wirklichen corpus einer römischen possessio — eine faktische germanische und heutige Detention sogar, zufolge einer wirksamen persönlichen weiteren Verpflichtung, gar nicht auf den römischen possessor übergehen darf, so ist doch gewiß klar, daß dieselbe heutige Detention nimmermehr nothwendige Voraussetzung und Inhalt des römischen corpus und des immerhin thatsächlichen Erwerbes der wahren römischen possessio sein kann!! Corpus wie possessio ist also deshalb nothwendig etwas ganz anderes, als unsere germanische Detention des Besitzers, und wirkliche römische possessio erwirbt deshalb nichts, als das römische corpus, diese bewußt animo domini, aber selbst ganz ohne Detention vor sich gehende „thatsächliche Verkörperung" des Eigenthumsüberganges: die thatsächliche Herrschaft als Eigenthümer! — Die heutige und germanische Detention ohne animus domini dagegen erzeugte auch in Rom noch überhaupt keinerlei dingliches Recht, wie heutzutage; nicht einmal eine possessio ad interdicta, weil der animus domini fehlt! Nur zufolge eines andern, persönlichen Rechtes, zufolge Vertrages, Deliktes etwa konnte mittels einer actio ad exhibendum, das habere, diese Detention, erlangt werden; niemals aber dinglich, wie im germanischen und heutigen Rechte! Diese also ist erst eine germanische und heutige Neubildung.

Dies und noch viele andere sind die geschichtlichen Beweise der Eigenthumsnatur und die Unterschiede der wirklichen antiken römischen possessio, gegenüber der heutigen Detention! Dieselben hat der Verf. vollständiger in seinen „Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio, Erlangen, Deichert 1884" dargelegt. Auf diese muß daher hier zur weiteren Information verwiesen werden! Man entschuldige nun aber schon jetzt diese breiten Wiederholungen der Beweisarten: Sie sind ja nothwendig, damit eine „historische Schule" die römische possessio endlich begreift!

3. Nun die **Uebermalung** dieses wirklich geschichtlichen ersten antiken Bildes durch die historisch romantische Lehre Savigny's: das zweite Bild, welches das vergangene römische Eigenthum der wirklichen römischen possessio mit dem jetzt lebenden germanischen jus in re aliena, eine fremde Sache zu detinieren, wie ein Recht zusammenzuschachteln unternimmt! — Um seinen, nicht aus inneren (§ 1, 4 I γ), sondern aus äußeren Gründen einer Politik (§ 1, 4 II) ihm eingegebenen, extrem aprioristischen Lehrsatz überhaupt in Ausführung zu bringen: Das Recht ist schon durch die gesammte „Vergangenheit" der Nation gegeben, schafft Savigny ein zweites Bild. Er identificiert nun und schachtelt diese beiden, eben beschriebenen grundverschiedenen wie unvereinbaren Institute Eigenthum und jus in re zusammen, indem er die antike römische possessio unter 2 einfach mit dem, in ihm unwillkürlich lebenden nationalen Detentionsbegriffe unter 1, völlig verständnislos gegenüber dem Leben, übermalt! — — Wie? — — Formell: Er wählt einen so weiten Begriff eines Rechtes „des Besitzes" oder „der Detention", daß in ihm, wie wir sehen werden, auch noch überdies vielleicht ein Dutzend verschiedener Rechte Platz hätte. So u. a. ein Theil wenigstens des römischen Eigenthums



Digitized by Google

der possessio unter 2 sowohl, soweit eben auch diese nicht durch eine detentionslose Verkörperung des corpus und animus domini, durch constitutum possessorium etc., sondern durch wirkliche Detention erworben ꝛc. wird, als das heutige jus in re aliena, eine fremde Sache ohne animus domini, lediglich mit dem animus „zu besitzen", unter 1, als vielleicht außerdem noch ein Dutzend ganz anderer Rechte! In diesen nichtssagenden, aber behäbig geräumigen Schachtelbegriff, welcher eben so weit ist, daß er kein einzelnes der eingeschachtelten Institute speciell definiert und doch auch zu keinem speciell ausreicht, faßt er nun auch diese conträren Rechte der Vergangenheit und Gegenwart, römische possessio und Detentionsrecht wie ein einziges zusammen, obgleich doch jus in re und Eigenthum niemals einen einheitlichen Begriff zulassen können. So formell! (Leider ist diese Anschauung nicht blos in unsere Doktrin, sondern auch durch diese in unsere Praxis übergegangen; z. B. § 232 Abs. 2 der R.C.P.O. v. 1877: Es ist dies nur Unvermögen der nur subsumierenden älteren historischen Schule wie jeder unzureichenden Jurisprudenz, welche alles neue Recht als bloßes „Faktum" auffaßte z. B. § 4 B a). — — Materiell aber macht Savigny sich diese Zusammenschachtelung doch noch mehr, geradezu erstaunlich einfach! Obgleich nämlich Savigny (R. des Bes. § 1) doch principiell erklärt, daß er die heutige Detention schützen will, i. e. daß der Gedanke eines „Schutzes" der Detention, somit dieser unrömische, heutige Gedanke auch seiner Besitzlehre zu Grunde liegt, entzieht er diesem, ihm selbst vorschwebenden nationalen wie historisch altehrwürdigen Detentionsrechte jeden Besitzesschutz: dem gesetzlichen Lehens-, dem canonischen Pfründebesitzer, dem Besitze der gewohnheitsrechtlichen Markgenossenschaft und Realgemeinde, dem Besitze unter fremdem Eigenthumsvorbehalte, des Faustpfandes ꝛc. ꝛc. entzieht er, trotz eines, zum Theil gesetzlichen, zum Theil gewohnheitsrechtlichen Gegebenseins eine Besitzklage vollständig: Ueber der positiven Rechtsquelle steht Savigny so die aprioristische, extreme Schulphrase „Geschichte der gesammten Vergangenheit"! Und auch diese nicht einmal wahr angewendet. Denn eine Geschichte unserer Vergangenheit ist ja auch das Detentionsrecht, und die römische possessio ist „geschichtlich" eben nicht einmal bloße Detention! Nachdem er so diese altgermanischen wie heutigen Detentionsrechte ihrer gesetzlichen wie gewohnheitsrechtlichen Begründung beraubt: mit offenbarer Rechtsverletzung! rechtlos gemacht, überträgt er dann auch noch den germanischen und heutigen Rechtsschutz des canonischen Pfründebesitzers (des canon redintegranda), des heutigen Gewohnheitsrechtes ꝛc. als vermeintliche possessio auf den römischen possessor mit animus domini allein, welcher doch selbst schon durch zahllose Klagen: reivindicatio, Publiciana, interdicta possessionis, condictio possessionis etc. mehr als ausreichend geschützt ist, und dieser germanischen und romanischen Klagen sogar nicht bedarf! — — Mit solchem unwahren Farbengemische somit „übermalt" Savigny die reine Lehre der antiken römischen possessio. Dies nennt Savigny's Schule eine historische Lehre eines heutigen, „rein römischen" Rechts der „gesammten Vergangenheit"!! Damit beraubt er seine Geschichte der römischen possessio der Wahrheit und das lebende Besitzrecht des Detentor des Rechtsschutzes! — —

Zeigt nun — einer solchen doktrinär romantischen Lehre gegenüber — der angeborne praktische Takt, ja selbst die bloße rohe Routine der älteren, von Savigny beseitigten, heimischen Praxis der vorigen Jahrhunderte, zeigen die, in der berühmten ersten Note des § 1 Seite 1 des Rechtes des Besitzes Savigny's bekämpften theoretischen Praktiker: Leyser († 1752) und Sibeth, so beklagenswerth auch vielleicht eine solche, ihres Rechtes und ihrer positiven Rechtsquellen unbewußte Routine eines Gewohnheitsrechtes und historische Rechtsunkenntnis ist, nicht selbst eine weit bessere, eine auf Grundlage der Rechtsquellen der heimischen Gesetzgebung wie des Gewohnheitsrechts allein wahre correkte und exakt positive „Geschichte"? Dahin nämlich: daß man auf Grund des, in uns allen, auch in Savigny selbst lebenden, Gewohnheitsrechtes des völlig unrömischen „Detentionsbegriffes" einfach darauf sieht: „ob jemand ein Recht zur Besitz-Detention überhaupt hat," i. e. juristisch gesagt, ob eine causa der Detention, canonische Pfründe, Faustpfand ꝛc. vorliegt?! Ist diese Beachtung eines positiven Gewohnheits-

Digitized by Google

rechtes so nicht auch juristisch eine allein correkte, correktere, als die rechtswidrige, dem „Gesetze" und „Gewohnheitsrechte zuwidere", aprioristische Entziehung der wohlerworbenen Rechte der zahllosen Detentoren durch Savigny, welche noch heute vielleicht einen großen Theil unseres gesammten Grundvermögens ausmachen (§ 4 A). Denn diese rohe Routine kann aus einem unbewußten positiven Leben des Rechtes und aus einer Rechtsquelle des Gewohnheitsrechtes noch eine bessere und geschichtliche Begründung finden, Savigny's „aprioristisch-politische Uebermalung" und Zusammenschachtelung dagegen niemals! Sie ist im positiven Civilrechte eine schadenbringende, revolutionäre Rechtsverletzung gewesen und ist es noch heute! Politik verdarb in ihr das Recht! — — Formelle, theoretische Zerrbilder freilich wie materielle Rechtsverletzungen konnten da nicht ausbleiben. Von ersteren alsbald unter Ziffer 4! Von letzteren dagegen unter § 4 A! — —

Nur in einem Falle erhält Savigny's romantische Doktrin auch im Einzelnen — infolge seines unbewußten Gehorchens gegenüber einem, in ihm unbewußt lebenden berechtigten herrschenden Rechte, — von einem Herrscher „Wirklichkeit", einem Prosporo und seinem unsichtbaren Luftgeiste dahin verschlagen, und zuvor in einem Wirbel, in einem circulus vitiosus sich bewegend, — das germanische Gewohnheitsrecht des Besitzes des Detentor ohne animus domini aufrecht: und zwar in der vermeintlich abgeleiteten römischen: possessio! des pignus, sequester precarium! Gerade da also, wo in Rom selbst gleichfalls nicht eine Detention, sondern eine zeitweise wirkliche Eigenthumsüberlassung der possessio mit animus »domini« vorlag! Wie nämlich oben gezeigt, lassen sich ja diese Rechte des sog. abgeleiteten Besitzes Savigny's in einer doppelten Weise construieren: Einmal so, wie die Römer: indem man, — früher: vor Justinian in der fiducia das civile dominium ex jure Quiritium, oder seit Justinian und im früheren jus gentium das naturale Eigenthum der possessio, — unter Justinian aber das compilierte absolute und relative Justinianische Eigenthum, welches nun den Namen possessio neben dominium fortbehielt, — auf einen andern, zum Zwecke und auf die Dauer der Verpfändung, der Sequestration und bis auf precären Widerruf überträgt. Oder aber zweitens auf germanische und heutige Art: Indem man überhaupt nicht Eigenthum überträgt, sondern, indem man, während man das Eigenthum vollständig zurückbehält, so nur das bloße jus in re aliena (ohne animus domini), das dingliche Recht, zu detinieren oder innezuhaben, auf denselben Pfandgläubiger, Sequester und Precaristen überträgt. — Savigny's Doktrin nun wählte hier ausnahmsweise in diesem einen Falle, unbewußt, nicht den römischen Weg der „Vergangenheit", sondern den Weg des germanischen Gewohnheitsrechtes und der lebenden „Gegenwart": Er hält nun hier diese germanische Detention des Pfandgläubigers, Sequesters, Precaristen ohne animus domini eben noch für eine römische possessio und subsumiert in diesem Glauben diese bloße Detention direkt unter die von ihm a priori construierte Schablone der vermeintlichen antiken römischen possessio — aber als abgeleitete possessio ohne animus domini! — — Welche Zerrbilder nun aber mußten so überhaupt aus diesem Zusammenschachteln eines Eigenthums der antiken Vergangenheit mit animus domini und eines jus in re, eine fremde Sache faktisch zu besitzen oder zu detinieren ohne animus domini entstehen?! Sehen wir! — —

4. Hier nun also vorläufig, wie gesagt, nur zu den **Theoretischen Zerrbildern** und Unmöglichkeiten dieser Uebermalung oder Identificierung eines geschichtlichen Rechtes der Gegenwart und der Vergangenheit durch Savigny! Eine Darlegung der „praktischen" Schädigungen des Lebens[7]) durch Savigny's Besitzlehre dagegen wird ja dann unten (§ 4 A) folgen! — —

---

[7]) Endlos ist ja auch schon der Jammer der älteren Praktiker wie der Gegenwart über die Besitzklagen, welche Savigny's antiquarisch romantische, unverstandene Lehre, trotz eines, sich in der Praxis anbahnenden Gewohnheitsrechtes aufrecht erhielt. Ein Beispiel bietet u. A. Mittermaier, Archiv f. Civ.-Praxis Bd. 37 1854 S. 476, Note 17, gestützt auf Robernier de la preuve du droit de propriété. Paris 1841: Das Rechtsmittel auf einjährigen Besitz kann von schlauen Menschen mißbraucht werden zum Nachtheil des wahren Eigenthümers, dem es schwer wird, sein Eigenthum zu beweisen. — Aehnlich Wernz. — Auch selbst Puchta's Ansicht ist zu bemerken: Pandektenvorlesungen I



Digitized by Google

Nach Savigny aber soll doch der Besitz eine Detention oder Innehabung schützen und diese Detention soll trotzdem römische possessio sein. Der Augenschein der römischen Quellen dagegen zeigt gerade im Gegentheil, daß allüberall, wo immer jemand als Pächter, Miether, Depositar ꝛc. wirklich detiniert, derselbe gerade deshalb niemals römischer possessor ist, sondern nur ein Recht eines Anderen, welcher das Eigenthum an derselben Sache will: selbst des bloßen Eigenthumsprätendenten corpore et animo domini, ausüben kann, ohne selbst ein Recht zu haben. Schon im allgemeinen Wesen und Begriffe liegt also das folgende, bisher bereits erwähnte materielle Zerrbild zugleich theoretisch vor: Der „Schutz" des faktischen Zustandes der „Detention" sollte der theoretisch anerkannte Grundgedanke der Besitzlehre Savigny's selbst sein! Trotzdem aber soll durch letztere eben diese Detention durch Einschachtelung unter die römische possessio ihres althistorischen, wie heutzutage durch Gesetz und Gewohnheitsrecht geforderten (Ziffer 1) „Schutzes überhaupt beraubt" und sollte dies zu schützende Recht so rechtlos gestellt, vernichtet werden, indem die Besitzklage dieses jus in re der Detention mit einer antiken absoluten und relativen Eigenthumsklage identificiert und sinnlos auf letztere — auf das plus juris etc. — übertragen wird!! Dies alles, obgleich doch der Eigenthumsbegriff dieser wirklichen römischen possessio mit dieser Detention absolut nichts gemein hat, als daß ein faktischer Besitz oder eine Detention möglicherweise mit dem Erwerbtitel und Bestand dieses Eigenthum verbunden sein konnte, keineswegs aber verbunden sein muß!! Der Erfolg anderseits? Eine Einheit einer solchen Lehre, eine Einheit zwischen dem Rechte, eine Sache mittels animus domini „als eigene" und Eigenthum, und dem weiteren heutigen Rechte, dieselbe Sache ohne animus domini „als fremde", als bloße Detention zu haben, wird von der historischen Doktrin so niemals erreicht werden!! Der Tanz eines Ariel wird fortgesetzt!

Hieran reihen sich dann aber noch im Einzelnen mehrfache technische Zerrbilder des Baues und der formalen Construktion der Besitzlehre Savigny's an. Auch diese mußten dadurch entstehen, daß ein jus in re mit einem Eigenthume confundiert werden will! Betrachten wir nun auch diese einzeln:

a) Savigny's Lehre von einem „Recht des Besitzes" ist: eine technisch-juristische Utopie. — Die Unfertigkeit dieser Construktion allein, wie gesagt, erklärt uns, wie Savigny ganz verschiedene Begriffe, Eigenthum und Detentionsrecht in ein Institut zusammenschachteln konnte! Vor allem ist es ein juristisches Unding und eine Unmöglichkeit, daß aus einem Rechte „des Besitzes" oder „der Inhabung", somit aus einem Rechte, welches durch Inhabung oder Detention nur erworben werden soll, ein bestimmtes selbstständiges Institut fertig sollte entstehen können! Dieser Begriff zeigt nur einen einzelnen Rechtsbestandtheil, welcher zwar bei so und so viel Instituten, aber doch nirgends bei einem Institute ausschließlich und allein entscheidend gegeben ist. Der Begriff ist so ein völlig unfertiger; d. i. viel zu weit, als daß ein einzelnes bestimmtes Recht in ihm Platz fände! Er ist ein Theil eines einzelnen Erwerbgrundes und Inhaltes für viele Rechte, nie aber für sich allein ein besonderes, concret faßbares Recht! Denn ein solcher Begriff würde eben vielleicht bei einem Dutzend verschiedener Rechtsinstitute zutreffen, nimmermehr aber bei einem bestimmten Rechte allein! Savigny verwechselt hier aber nur den antiken wirklichen, relativen Eigenthumsbegriff der römischen possessio und das heutige Detentionsrecht mit einem bloßen Faktum, weil er Beide nicht „juristisch" zu construieren vermag!

Mit diesem Begriffe eines Rechtes „des Besitzes", dessen Namen gar nicht näher genannt ist, verhält es sich beispielsweise etwa ähnlich, wie wenn man ein selbstständiges Rechtsinstitut „des Vertrages" construieren wollte! Auch der Vertrag, wie der Besitz, ist ja der Entstehungsgrund für Dutzende von Instituten: für zahlreiche Obligationen, für Eigenthum, Servituten, Reallasten, soweit sie durch Vertrag, durch constitutum possessorium etc. entstehen können, für Erbverträge ꝛc.

---

§ 86 in f. S. 180 d. 3. Aufl. ꝛc. ꝛc. — Dann erst die Klagen der älteren Jurisprudenz seit der Glosse über die Besitzlehre und deren Klage: den locus vexatissimus, diabolicus etc. etc. des unus casus! etc.

Digitized by Google

Wem fiele es nun aber ein, ein besonderes Recht „eines Vertrages" zu construieren?! — Ganz ebensowenig aber, wie dies Recht „des Vertrages", konnte Savigny ein besonderes Rechtsinstitut „des Besitzes" construieren! Denn eben auch durch Besitz oder faktische Detention werden Dutzende von Instituten erworben! So: bald ohne animus domini, mit dem animus, lediglich eine fremde Sache zu besitzen: eben die zahlreichen Besitzrechte des Detentors des heutigen Rechtes: (des Faustpfandgläubigers, canonischen Pfründebesitzers, Retentionsberechtigten, Pächters, Miethers ꝛc. ꝛc.); bald ohne animus domini ferner: Servituten und Reallasten, soweit diese zufällig gleichfalls durch deutsche Besitzübertragung erworben werden, Erbrechte ꝛc. Mit animus domini aber entstehen auch durch Detention, wie durch corpus allein schon, bekanntlich die verschiedenen Stufen des römischen Eigenthums; (man vgl. unten β), nämlich: bald bei der Occupation einer herrenlosen oder derelinquierten Sache sogar volles, rechtmäßiges Eigenthum, bald bei putativer causa: Publicianisches, in jedem anderen Falle aber das plus juris, das relative Eigenthum der Interdikte. Endlich können mit einem Rechte, welches aus einem Besitze entstehen soll, sogar Contrakte concludent eingeleitet werden; so: die Realcontrakte des mutuum, commodatum, depositum, pignus etc. etc. — Auch die eigenen, in Savigny's Besitzlehre speciell aufgeführten und zusammengeschachtelten sog. Besitzrechte aber: die römische possessio animo domini, welche, wie unter β noch weiter zu zeigen, stets ein absolutes oder relatives Eigenthum begründet, und Savigny's vermeintliche „abgeleitete" possessio, ohne animus domini oder das jus in re aliena des heutigen Faustpfandgläubigers, Sequesters, Precaristen, (welches Savigny, statt als römische zeitweise Eigenthumsüberlassung mit animus domini, deutschrechtlich als Detention ohne animus domini construiert!), lassen so einen einheitlichen Rechtsbegriff eines Rechtes „des Besitzes" niemals zu: weil ein Eigenthum und ein jus in re nie ein einheitliches Recht sein kann! — Daher ist ein vermeintlich einheitliches Recht „des Besitzes" Savigny's wohl eine juristische Utopie! ein Begriff für viele Institute, nicht aber ein Begriff nur für ein einziges, einzeln faßbares Rechtsinstitut allein! Die heutige Jurisprudenz wird mit diesem Begriffe, wie gesagt, auch nie zu einer Einheit einer Besitzlehre gelangen, weil so heterogene in dem Begriff des Rechtes des Besitzes enthaltene Rechte niemals eine Einheit eines wirklichen Begriffes zulassen: sie wird so eben sich immer in einem Kreise eines Wirbels drehen, welchen ein Ariel über Savigny's Schule gebracht!

β) Auch die weitere Anschauung Savigny's ist eine juristische Utopie, daß eine Detention »animo domini« nach römischem Recht je ein, vom Eigenthum verschiedenes, bloßes Faktum des Besitzes oder ein selbständiges Recht verbleiben, und nicht selbst absolutes oder relatives Eigenthum werden sollte! Daß der römischen possessio ein wirklicher animus domini oder richtiger rem (das Eigenthum einer Sache) sibi habendi zusteht, steht auch nach den neuesten Forschungen Iherings — und überhaupt wohl nicht blos durch das Zeugnis von Paulus und Theophilus allein — außer Zweifel! Ist dies aber jetzt unbestritten der Fall, so ist innerhalb des römischen Rechts selbst, bei einer, von Savingny als Besitz construierten Detention animo domini, niemals Raum für ein Faktum des Besitzes oder für ein besonderes, vom Eigenthum verschiedenes und selbständiges Institut! — Vergleichen wir doch deshalb die folgenden möglichen Fälle: — Eine Detention mit animus domini ist in Wirklichkeit in Rom 1. entweder ein relatives Eigenthum. Sie ist nämlich entweder wieder: a) eine malae fidei possessio, z. B. dessen, welcher durch Detinieren eine bewußt fremde Sache occupiert. Auch diese ist nach römischen Begriffen plus juris oder relatives Eigenthum, wenigstens gegenüber Dritten, außer dem rechtmäßigen Eigenthümer: vitiosa possessio adversus ceteros oder extraneos. Mit a. W.: Auch selbst der Dieb hat ein relatives Recht; auch ihm darf man nach römischem Rechte die Sache wenigstens nicht wieder rechtswidrig nehmen, rauben ꝛc. l. 2, l. 3, l. 1 § 9 D. uti poss. 43, 17; l. 53, l. 3 § 5 D. de a poss. 41, 2, i. e.: Nur der Staat darf confiscieren! b) Ebenso demzufolge bei einer heutigen bonae fidei possessio ohne römische justa causa. z. B. die thatsächliche Detention eines Finders, welcher die gefundene, ihm bewußt fremde Sache in der Absicht (animo

Digitized by Google

domini) behält, dieselbe nach Anzeige bei der Polizeibehörde und Ablauf der Ersitzungszeit zu Eigenthum zu erwerben. c) Bei putativa causa endlich liegt animo domini ein Publicianisches Eigenthum vor. 2. Oder diese bloße Detention animo domini kann, wie gesagt, selbst ein volles, rechtmäßiges oder absolutes römisches wie heutiges Eigenthum sein: bei der Occupation einer derelinquierten oder herrenlosen Sache, oder bei einer res (früheren res nec mancipi) bello capta. Hier hat sogar der Detentor animo domini die reivindicatio des Justinianischen dominus. Diese Fälle erschöpfen alle Möglichkeiten einer solchen Detention animo domini. Für ein besonderes römisches faktisches Besitzrecht animo domini aber, welches nicht absolutes oder relatives Eigenthum wäre, ist somit in Rom nirgends Raum!

γ) Savigny's faktischer Besitz oder Detention alieno nomine! — Dies Zerrbild hat ja der Verf. schon früher (z. B. bei Juristentagsverhandlungen 2c.) erwähnt. Die römische possessio nämlich soll nach Savigny und der Glosse an sich nur ein „faktischer Zustand" der Detention sein. Nun giebt es aber auch eine römische possessio alieno nomine, welche von Savigny um jeden Preis mit einer heutigen faktischen Detention für identisch erklärt werden sollte! Weil diese possessio in Rom nun in Wirklichkeit ein Recht des relativen Eigenthums war, hatte dies dort nicht den geringsten Anstand! Jedes Eigenthum ist zudem der Inbegriff, die Totalität aller denkbaren Rechte über die Sache, nicht blos des Rechtes, sie innezuhaben; dieser Eigenthümer allerdings kann also recht wohl die einzelne Befugnis des Innehabens oder der Detention selbst als Recht von seinen übrigen Eigenthumsbefugnissen zeitweise total loslösen und sie eine Zeit lang einem Dritten überlassen. Ist aber Besitz und possessio nach Savigny bloßes Faktum der Inhabung, aus welchem erst Rechte entstehen, und soll dies auch durch Dritte als „Faktum oder Detention in fremden Namen" ausgeübt werden können: Wie sollte dies möglich sein? Ein „Faktum für einen Andern" ausüben, hieße eben etwa — wie faktisch detinieren, so auch faktisch — für den Andern schlafen, essen, trinken, lieben 2c. 2c. können: Und das brächte wohl auch die aprioristische Erfindung selbst für den gewiegtesten Juristen Savigny kaum fertig!! — Selbst wenn der Besitz des Detentor an sich ein, von jedem anderen Rechte verschiedenes Recht in Wirklichkeit ist — nämlich das accessorische Recht, ohne animus domini, ohne Willen ein Eigenthum 2c. zu wollen, eine fremde Sache zur Ermöglichung irgend einer zulässigen causa: des Pachtes, der Pfründe, des Faustpfandes 2c. 2c. innezuhaben — so ist doch auch eine faktische Detention alieno nomine eine Unmöglichkeit und ein Zerrbild. Durch selbstständige Detentoren kann eine „faktische" Detention eines Andern doch — abgesehen etwa vom „Rechte" auch des Detentors (unten Ziff. 5, sechstes Criterium) — unmöglich ausgeübt werden: Weil, wenn der bisherige Detentor vertragsmäßig die von ihm bisher detinierte Sache zur Detention einem Andern (Afterpächter 2c.) überträgt, er damit eben die eigene faktische Detention selbst, den ganzen Inhalt seines Rechts, nicht sein Recht selbst, mindestens zeitweise veräußert! So ist also eine Stellvertretung im faktischen Besitz, eine thatsächliche „Detention alieno nomine", ähnlich wie eine solche bei einer römischen possessio alieno nomine existiert, ein Unding und ein Zerrbild: das Höchste vielleicht, was eine ungeschichtliche wie erfahrungswidrige doktrinäre Aprioristik an Unmöglichem zu construieren und überhaupt je zu leisten vermochte!

δ) Das Zerrbild des Besitzes des „Eigenthümers" selbst an der eigenen Sache. — Wenn Savigny's „Detention animo domini", wie dieser in späteren Auflagen seiner Besitzlehre behauptet, zugleich überhaupt ein Recht: nämlich Faktum und Recht zugleich sein sollte (als „bloßes" Faktum käme ja ein Besitz als Recht überhaupt nicht in Betracht), und zwar wenn dies Besitzrecht Savigny's, wie seine selbstständige Darstellung dieses „Rechts des Besitzes" ergiebt, ein besonderes, selbstständiges Institut und Recht sein soll, nicht ein Eigenthum, so müßte es doch auch dem Eigenthümer derselben Sache selbstständig, i. e. neben seinem Eigenthumsrechte als „besonderes" Recht zustehen können: Sonst ist es kein selbstständiges Recht, sondern eine bloße Eigenthumsbefugnis. Dies wäre so aber ein selbstständiges „Besitzrecht" des Eigenthümers an der „eigenen Sache neben seinem Eigenthume"! Ein solches besonderes Besitzrecht des Eigenthümers

Digitized by Google

selbst nun ist aber wohl wieder eine faktische wie juristische Unmöglichkeit und ein wohl kaum klar gedachtes Recht! Denn das Eigenthum umschließt ja eben als Inbegriff aller an einer Sache denkbaren Rechte an sich schon auch das Recht, diese eigene Sache zu detinieren, sie innezuhaben und faktisch über sie zu verfügen: Im plus des Eigenthums liegt immer auch schon das minus der bloßen Detention. Wie sollte also der Eigenthümer, welchem als solchen alle Rechte an der Sache bereits zustehen, an der eigenen Sache noch ein besonderes „selbstständiges" „Besitzrecht" haben können? Denn war die Detention niemals von seinem Eigenthume getrennt, dann ist überhaupt keine Veranlassung, sich ein besonderes Besitzrecht des Eigenthümers zu denken. Sie steckt dann von jeher in seinem Eigenthume! War sie aber getrennt, hat ein Dritter, außer dem Eigenthümer, als Usufruktuar, Faustpfandgläubiger, Pfründebesitzer, Pächter ꝛc. die Sache auf die Dauer dieser causa ohne animus domini detiniert und geht diese Innehabung nach Erlöschung der causa des Nutzgenusses, Faustpfandes ꝛc. nur wieder an den Eigenthümer zurück, dann consolidiert sich dieses Detentionsrecht des Dritten in demselben Momente eben einfach wieder ipso jure mit dem Eigenthume der Sache, wie jedes andere jus in re. Beim absoluten Eigenthümer consolidiert sich dies Detentionsrecht des Dritten alsdann eben mit dem Eigenthume des Eigenthümers selbst wieder absolut oder gegenüber jedem Dritten wirksam, beim relativen Eigenthümer (mit Publiciana und plus juris) dagegen consolidiert sich dies Detentionsrecht wenigstens relativ mit dem Eigenthume, d. i. nur gegenüber Dritten wirksam, welche nicht selbst besser eigenthumsberechtigt sind. So ist dies Detentionsrecht animo domini als „selbstständiges" Recht selbst auch des Eigenthümers, als ein Recht, welches infolge seiner Selbstständigkeit auch dem Eigenthümer der Sache als besonderes Besitzrecht, als besonderes jus in re! müßte zustehen können, ein Unding und Zerrbild. Ein solch' besonderes jus in re ist daher überhaupt nur denkbar als jus in re »aliena«; ein jus in re »aliena« an der „eigenen" Sache aber auf Seite des Eigenthümers selbst ist ein monströses, undenkbares Zerrbild! — Dieselbe Unmöglichkeit ließe sich auch umgekehrt nachweisen, aus dem schon oben zu β) erwähnten Grunde. Eine Detention animo domini nämlich ist im gemeinen römischen Rechte ohnehin, wie zu β) gezeigt, immer selbst schon ein Eigenthum: bei justa causa possidendi ein absolutes, bei Mängeln der causa dagegen ein relatives Eigenthum. Wenn nun also der Detentor animo domini, wie gesagt, schon an sich Eigenthümer, nicht blos ein dinglich Berechtigter ist, wie sollte derselbe Eigenthümer der Sache, weil er detiniert, noch erst ein besonderes, selbstständiges Recht, außer dem Eigenthume, welches nicht Eigenthum ist, erwerben können?! So ist aber dies jus in re der Detention, welches auch an der eigenen Sache im Falle seiner Selbstständigkeit ein besonderes Recht begründen müßte, wieder unter allen Umständen ein Unding und Zerrbild! — Auch ein drittes Recht endlich, ein Mittelding zwischen possessio und Besitzrecht des Detentor, ein Mittelding also zwischen dem absoluten und relativen Eigenthume der römischen possessio einer- und dem jus in re aliena des deutschen Besitzrechts des sogen. Detentors oder Inhabers an der fremden Sache (ohne animus domini) anderseits, ist logisch für den Eigenthümer der res corporalis selbst undenkbar! Denn es läßt sich überhaupt kein Mittelding denken: zwischen dessen Rechte einerseits, eine Sache für sich selbst als eigene oder als sein Eigenthum zu haben (possessio animo domini), und: dem Rechte, dieselbe Sache als fremde und als fremdes Eigenthum zu haben (Besitz ohne animus domini); etwa als bloßer Pächter, Faustpfandgläubiger ꝛc. Deshalb ist auch Savigny's Besitzlehre: eines vermeintlich selbstständig, somit auch für den Eigenthümer neben dem Eigenthume bestehenden dritten Schachtel-Rechtes einer Detention animo domini, welches aber doch auch nicht ein bloßes jus in re aliena sein sollte, wohl unter allen Umständen eine weitere juristische Unmöglichkeit und ein offenbares Zerrbild!

5. Neuere Vereinigungsversuche. — Zur Vereinigung dieser unvereinbaren Grundbegriffe: absolutes und relatives Eigenthum und jus in re aliena: der römischen possessio und des heutigen Detentionsrechtes sind indessen neuerdings wieder von bedeutenden Juristen Versuche unternommen worden. Diese alle müssen

Digitized by Google

aussichtslos sein! Das Zerrbild ist wohl unrettbar! — Namentlich hat man die eine Verschiedenheit des animus domini der römischen possessio und des animus, lediglich eine fremde Sache zu detinieren, des germanischen Detentionsrechtes dadurch zu beseitigen versucht, daß man vorschlug: auch diesen animus noch sich aus der Besitzlehre Savigny's ganz und gar wegzudenken, und nur noch den „Zweck", die Thatsache des Inhabens, das Recht des Besitzes allein zu schützen. So neuerdings Ihering (der Besitzeswille, Jena 1889) mit Baron (Ihering's Jahrbücher 1890, XIX., S. 195 ff. 2c.). Selbst § 777 des zweiten Entwurfs eines D. Civ.-Ges.-Buches von 1894 ist ihnen gefolgt. Andere bedeutende Juristen, wie selbst Dernburg, suchten schon vorher den Besitzwillen wenigstens so weit zu fassen, daß in demselben auch jeder andere animus: sowohl ein animus domini oder der animus der römischen possessio, als ein animus, lediglich faktisch zu besitzen oder innezuhaben, des Detentor Platz fände. Auch damit aber dürfte nur eine Verschleierung versucht werden, ohne daß wir unwillkürlich nun einmal gegebene Verschiedenheiten des Systems beseitigen könnten!

Beides dürfte ein vergebliches Bemühen sein! Warum den animus ganz beseitigen wollen, nachdem eine Detention ohne jedes Wollen, wie soeben zu 4a gezeigt, ein juristisches Nichts, ohne juristisches Interesse, noch gar kein Recht, ein bloßer Erwerbtitel 2c., ohne animus, möglicherweise ein Aufgeben, ein Verzicht auf jedes Recht ist?! Schon der „Zweck" des bloßen Innehabens enthält ja aber im Gegentheil concludent den »animus«, blos innezuhaben! Warum ferner, und das entscheidet, den animus weglassen, wenn eine Detention, gerade je nachdem dieser animus ein animus domini, oder ein animus, die Sache nur als fremde innezuhaben, ist, ein ganz verschiedenes Recht erzeugt? Ein animus domini beispielsweise: erzeugt bei einer Detention einer res nullius, res derelictae, res bello captae, wie gesagt, sogar ein absolutes Eigenthum, ein animus, lediglich innezuhaben, ohne Eigenthum zu wollen, dagegen gestaltet beim Faustpfande, Pfründenbesitz 2c. dieselbe Detention nur zu einem (accessorischen) dinglichen Rechte (jus in re aliena)! Diese von Natur aus verschiedenen Institute nun: röm. possessio an. dom. und heutige Detention, canon. Pfründebesitz 2c. würden aber alsdann nichtsdestoweniger verschiedene Rechte verbleiben, auch wenn wir deren animus verschweigen, und das Weglassen oder Verdecken ihres animus wird sie dann eben nur unvollständig — zudem niemals als Recht — definieren! — Diese Vermittlung gliche also dem Vorschlage: von zwei, etwa zum Verwechseln ähnlichen, nun einmal gegebenen selbstständigen Körpern von Menschen, welche sich äußerlich u. a. durch Kopf und Willen unterscheiden, sich nur den Kopf wegzudenken, ihn wegzuschneiden oder diesen zu verdecken. Dann werde man beide Körper mit Savigny identificieren, i. e. einen für den andern gebrauchen können! Aber diese verschiedenen organischen Körper würden eben alsdann leblos und doch auch dann noch immer verschiedene Körper verbleiben! Ihre Verschiedenheit dürfte sich auch so nicht aus der Welt schaffen, sondern nur verwechseln lassen! Ebensowenig vermöchte also auch ein Geist der Neueren beide obigen Institute auf diese Weise zu vereinen! Denn Eigenthum und jus in re wird unvereinbar bleiben!

Und dann, was würde das Hinwegräumen dieses einen Unterscheidungsmerkmales der beiden Körper, — dieses animus allein nämlich, — helfen, nachdem ja doch auch nach dessen Hinwegdenken noch immer eine Reihe anderer Unterscheidungsmerkmale von römischer possessio und heutigen lebenden Detentionsrechts und die gleiche Verschiedenheit verbliebe! Giebt es denn nicht noch weitere Unterscheidungsmerkmale beider? — Ohne Zweifel viele! Ueberblicken wir einige derselben! — So wählen wir ein wenigstens als Regel geltendes zweites Kriterium! Das Detentionsrecht hat beispielsweise regelmäßig nur eine actio retinendae detentionis, setzt also — als regelmäßiges zweites Kriterium — eine vorherige Erlangung der Detention voraus; wozu wäre sonst ein Schutz einer faktischen Detention regelmäßig möglich und nöthig, wenn die faktische Detention noch gar nicht erreicht, also auch noch gar nicht zu schützen ist? Zuvor aber hat beispielsweise der Pächter, Miether 2c. nur eine persönliche Klage auf Erfüllung aus dem Pacht-, Miethvertrage 2c., auf Einräumung des accessorischen Besitzes. Nur seltene Ausnahmen gestatten vielleicht dem Detentionsrechte auch schon eine

Digitized by Google

dingliche actio »adipissendae detentionis«; wie z. B. dem, im Frachtbriefe bezeichneten Empfänger auf Auslieferung des Frachtgutes nach Art. 405 des deutschen Handelsgesetzbuches. Die römische possessio dagegen setzt infolge des constitutum possessorium niemals eine Detention: weder bei dem interdictum adipissendae noch retinendae noch recuperandae possessionis voraus! — Ein drittes Kriterium: Das Detentionsrecht erfordert auch für die Fortdauer seines Rechts, nicht blos für den Erwerb, zwar nicht den römischen animus domini, wie die römische possessio, sondern einen andern Willen; wenn auch nicht ein Bewußtsein, z. B. bei den Jungen eines Thieres, bei Accessionen, bei einem Complexe, so doch den Willen zu detinieren oder innezuhaben. Auch dieser Wille darf nicht in contrarium bethätigt sein; denn ohne daß jemand detinieren will, würde auch seine Detention nicht geschützt werden. — Ein weiteres viertes Kriterium! Das Besitzrecht des bloßen Detentor setzt andere causae voraus, als die causae possidendi. Vor allem fordert auch dies Detentionsrecht überhaupt causae detentionis; ohne solche wird es nicht geschützt: Ohne rechtlich gestattetes Interesse nämlich, blos um Willkür zu üben, z. B. blos, um ohne jedes Recht auf einem fremden Grundstücke spazieren zu gehen, einen Weg, eine Wasserleitung zu benützen, um grundlos anderes Eigenthum zu verletzen oder zu zerstören, darf auch das faktische Inhaben nicht geschützt werden! Ein wirkliches Detentionsrecht fordert also nicht blos „faktisches" Innehaben, sondern auch ein principales „Recht": einer causa, aber eine andere, als die possessio. Während die bekannten causae possessionis und possidendi, wie gezeigt, die bekannten Eigenthumserwerbarten pro emto, vendito, dote, donato, legato mit der relativen causa, pro possessore oder pro suo sind, sind causae detentionis ganz andere, eine canonische Pfründe, Lehen, Nutzgenuß, Besitz unvertheilter Gemeindegründe, sonstiger Genossenschaftsbesitz, Besitzerwerb unter suspensivem Eigenthumsvorbehalte eines andern, Faustpfand, Pacht, Miethe, selbst sonst rechtlich gestattetes Interesse ohne eigene Nutzung; z. B. beim Sequester, Depositum, prekären Detentor. — Ein fünftes Kriterium! Nach diesen causae bestimmt sich ferner nicht blos Inhalt und Umfang, sondern auch die Zeitdauer eines Detentionsrechts. Während die causa possidendi ein inhaltlich unbegrenztes Eigenthum und eine zeitlich unbegrenzte ewige Herrschaft über die Sache begründen soll, ist die causa detentionis von jener weiter dadurch verschieden, daß sie nur ein zeitlich begrenztes Recht bieten kann. (Ein ewiges, unbedingtes Innehaben einer fremden Sache durch den Detentor würde auch das Eigenthum ausschließen und im Erfolge selbst ein Eigenthum sein!) Auch das Lehen kann durch Felonie ꝛc. enden ꝛc. Hieraus ergiebt sich aber die weitere Verschiedenheit des heutigen Detentionsrechts von der römischen possessio, daß dasselbe nur ein accessorisches Recht ist: Das Detentionsrecht besteht nur solange zu Recht, als die causa principalis desselben: die Pfründe, der Pacht ꝛc. den Inhaber zum detinieren berechtigt. Nur solange darf der Detentor innehaben! Wenn so auch die römische possessio ein principales, das heutige Detentionsrecht ein blos accessorisches Recht ist, so sind nebenbei nichtsdestoweniger aber doch auch diese accessorischen Detentionsrechte selbständige Rechtsinstitute: ebenso, wie beispielsweise das accessorische Pfandrecht, die Bürgschaft ein selbstständiges Institut ist! — Ein sechstes schon erwähntes Kriterium: Die römische possessio läßt eine unbedingte Stellvertretung eben durch Detentoren (i. e. eine possessio alieno nomine) zu; das Faktum der Detention oder Inhabung an sich dagegen gestattet, wie soeben zu Ziffer 4 γ gezeigt, niemals eine Stellvertretung, weil eine Detention durch einen andern eine zeitweise Veräußerung wäre. Regelmäßig geht wohl durch Uebertragung der Detention auch zeitweise das Detentionsrecht verloren. Z. B. bei einer Aufstellung eines anderen Beamten mit Pfründebesitz, eines Pfarrverwesers mit Pfründenbesitz ꝛc. Nur ausnahmsweise gestatten vielleicht solche Detentionsrechte eine Zurückbehaltung des „Rechts" durch den früheren Detentor und eine zeitweise Veräußerung des „Faktum" der Detention an einen neuen; z. B. bei Afterpacht, Afterverpfändung, Ueberlassung eines Depositum durch den Depositar auf bestimmte Zeit. Dann ist aber jedenfalls die faktische Detention zeitweise veräußert, (während bei einer römischen possessio durch Veräußerung der Detention immer selbst das Recht possessio, das faktische Eigenthum

Digitized by Google

zurückbleibt. Mit dieser unzulässigen und unmöglichen Stellvertretung der faktischen Detention durch Dritte freilich ist die bloße faktische Ausübung des Detentionsrechtes durch bloße Mittelpersonen: Sklaven, Kinder, Hausangehörige, Dienstboten (Ziff. 4 γ) auch hier nicht zu verwechseln. Hier verfügt und detiniert eben der Dentor durch Mittelspersonen selbst! — Ein siebentes Kriterium: Nach der Praxis des Reichsgerichts in Strafsachen ist eine Detention oder ein Gewahrsam plurium in solidum möglich. Z. B. bei den invecta und illata eines Miethers hat dieser und der Hauseigenthümer, wie sein Verwalter, zugleich die Detention der Möbeln des Miethers, solange dieser den Miethzins nicht zahlt. Der Miether verschließt sie allenfalls mit dem Zimmer- und Hausschlüssel, der Hauseigenthümer und sein Verwalter mit dem Hausschlüssel allein. Auch eine Cassa ꝛc. können mehrere Cassabeamte je mit einem besonderen Schlüssel in solidum verwahren oder „detinieren". Eine »possessio« plurium in solidum dagegen gibt es bekanntlich nicht; auch nicht beim precarium! Von mehreren kann hier der eine nur unberechtigt einen animus domini in solidum haben: ein solcher Zustand ist bei einer possessio eben nur infolge Rechtsstörung, Prozesses vorübergehend denkbar, solange eben die possessio rechtlich noch ungeregelt ist. — Ein achtes Kriterium: Eine römische possessio ferner, ein Eigenthumsbegriff, ist undenkbar bei res sacrae; denn diese können nicht animo domini in Privateigenthum sein; ein rechtliches wie faktisches Detentionsrecht dagegen nach der Praxis nicht; denn wenn auch beispielsweise die Kirche Eigenthümerin verbleibt, und ihre Sachen nicht an. dom. besessen werden können, kann sie doch nach der Praxis das Besitzrecht eines Detentor dem Käufer und Erben ꝛc. von Kirchenstühlen einräumen. — Ein neuntes Kriterium. Die possessio selbst endlich, die Thatsache des possidere oder das Ausüben des Eigenthums corpore et animo domini schon kann für diese römische possessio nicht blos Inhalt, sondern auch zugleich Erwerbtitel, causa facti oder causa possessionis und possidendi sein; denn eo quod possidet, plus juris habet, quam qui non possidet oder possession vaut titre! Die faktische Detention allein dagegen kann für ein Detentionsrecht nie zugleich Erwerbtitel sein; weil das Besitzrecht des Detentor nur ein accessorisches Recht ist und nur besteht, wenn eine causa detentionis, ein anderes principales Recht, an welches sich das Detentionsrecht accessorisch anschließt, z. B. Pacht, Pfründebesitz, Nutzgenuß ꝛc. vorliegt; (vgl. die Note * am Eingange der Ziffer II). — — Das alles sind weitere Verschiedenheiten von römischer possessio und germanischem Detentionsrechte. Dieselben sind nicht etwa bloße naturrechtliche Erfindungen, sondern sie ergeben sich empirisch nothwendig aus der realen zwingenden natura, somit aus der, hier Platz greifenden, subsidiären Rechtsquelle des Juristenrechts. Sie sind zum Theil auch Geschichte und bereits durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu belegen! — —

Was würde es also nützen, wenn Ihering und die Neueren das eine Unterscheidungsmerkmal beider: die bloße Verschiedenheit des animus, eskamotieren oder verdecken würden? Es verblieben dann immer noch eine „Reihe" anderer Unterschiede übrig! So wird sich aber die Verschiedenheit von römischer possessio und heutigen Detentionsrecht im Leben und der Praxis plastisch gegenseitig abheben, wie das Leben zweier verschiedener organischer Körper. Beide dürfen nach Art der historischen Schule nimmermehr dadurch zusammengeschachtelt und verwechselt werden, daß sie verstümmelt oder daß zwei geschichtlich völlig verschiedene Bilder: diese antike possessio und das heutige Detentionsrecht durch ein weiteres aprioristisch geschaffenes Bild: das Recht des Faktums oder das Recht „des Besitzes" Savigny's nur gewissermaßen übermalt werden! Eine Restauration wird diese drei verschiedenen Bilder: 1. Geschichte der Vergangenheit, 2. bloße aprioristisch naturrechtliche Uebermalung Savigny's, endlich 3. geschichtliches reales Leben des Rechts — auseinanderhalten und sich principiell zum Bewußtsein bringen müssen: Weil im positiven Grundprincipe, nach der Schule des Lebens und des praktischen Rechts schon, das geschichtliche Recht einer „Vergangenheit" und einer „Gegenwart" nicht identisch ist, und ein geschichtliches Mittelding zwischen beiden im Momente der Gegenwart nicht gegeben sein kann! Mit dieser Analyse und inneren Ausscheidung des, wohl mit Recht so genannten Schachtelbegriffes „Recht des Besitzes" der Lehre

Digitized by Google

Savigny's aber werden dann auch auf einmal alle bisher (soeben unter Ziffer 4) wahrgenommenen Zerrbilder des Grundbaues und werden die praktischen materiellen Schädigungen nach § 4 A verschwinden, mittels welcher der oftcitierte Luftgeist Ariel durch die bisherige (vermeintlich geschichtliche) Aprioristik der „historisch" romantischen Schule Hugo's und Savigny's uns fortwährend in einem vitiösen Kreise gedreht, und uns fortwährend unbewußt dennoch auf die Gebiete entweder der wahren realen possessio des antiken Rom: i. e. eines Eigenthums, oder des heutig geschichtlichen Detentionsrechts i. e. eines bloßen jus in re aliena, verschlagen hat, auf Gebiete, welche nichtsbestoweniger beide unserem Prospero: dem Herrscher: Leben und „geschichtliche Wirklichkeit des geltenden Rechts" unterthan sind, und ihm unbewußt dienen.

Principiell schon ist so gewiß schon zu Folge der formalen Methode einer Construktion, wie wir sehen werden, nebenbei das positive Recht und die moderne Jurisprudenz berechtigt, die obige Casuistik des heutig lebenden und praktischen Institutes des Besitzrechtes eines bloßen Detentor so, wie soeben geschehen, generell auszubauen, und die Verschiedenheiten derselben von der antiken, rein römischen possessio auch in seinen einzelnen Consequenzen zu zeigen! Die Casuistik dieses positiven Institutes darf nämlich in dieser Weise aus inneren Gründen oder aus sog. Juristen- oder wissenschaftlichem Rechte unter Zuhilfenahme von „Analogie" und Abstraktion allerdings construiert und ausgebaut werden: Denn sobald auch nur ein einzelnes Institut einer solchen Neubildung so geschichtlich feststeht, — wie ja z. B. eben dies Detentionsrecht im Einzelnen mehrfach, sogar gesetzlich feststeht, z. B. als Lehensbesitz durch die Lehensgesetzgebung, als canon. Pfründenbesitz durch den canon redintegranda, als Besitz des Concursverwalters und des Faustpfandes durch moderne Reichsgesetzgebung, oder in den sonstigen Fällen, in welchen es auch noch gewohnheitsrechtlich feststeht, — dürfen wir nach positivem Rechte: für analoge Fälle einer Detention auch ein *generelles* Besitzrecht des Detentor juristisch construieren; (vgl. unten § 5 III 2 a β, § 7 A 3).

6. Fassen wir nun das *Resultat* dieser Trennung von geschichtlicher Vergangenheit und geschichtlichem Leben innerhalb des positiven Rechtes wie der Gesetzgebung für die Sanierung oder Restaurierung der speciellen Musterlehre des *Besitzes* Savigny's zusammen.

a) Nach dem geschichtlichen Vorbilde der Römer und ihres Erfassens des Rechts aus dessen positiven Leben, an der Hand der Rechtsquellen müssen wir auch heutzutage vor allem das Bestehen desjenigen *rechtmäßigen* Eigenthums neben einem *relativen* Eigenthum erfassen, welches die wirkliche antike römische possessio (das obige erste Bild) ist, so im Grunde die bisher von einer historischen Schule unverstandene römische possessio noch neuerdings auch bei uns recipieren, und so dieselbe mit dem, bei uns gewohnheitsrechtlich geltenden „besseren Rechte" klarer in Einklang bringen; denn derselbe Gedanke und dieselben Verhältnisse wie die der römischen possessio, der Publiciana, der Interdikte des Eigenthums possessio leben auch noch bei uns heutzutage fort, und es fehlt zu deren positiven Gelten wohl nur das lebensvolle Begreifen der Jurisprudenz (§ 2 II a γ)! Wir haben schon erwähnt, daß die Geschichte der römischen possessio zeigt (cf. u. a. die Grundlagen der Gesch. der röm. poss. des Verf., Erlangen, Deichert 1884), wie die possessio, dies ursprüngliche Doppeleigenthum des jus gentium, primär als rechtmäßiges oder sog. absolutes Eigenthum, nämlich als possessio ex justa causa durch Justinian mit dem civilen dominium ausgeglichen ist, wie ihr also hier sogar die reivindicatio zusteht, während sie auch noch — als possessio putativa causa mittels der Publiciana und als sog. possessio ad interdicta, (eo, quod possidet, »plus juris« habet, quam qui non possidet und nach dem Satze possession vaut titre) mittels des Interdikts geschützt wird. — So wurde das relative Eigenthum oder bessere Recht mit Klagen ausgestattet, auch bei uns schon bisher geübt. Diese Eigenschaft aber des römischen Eigenthums, diese Abstufung allen Eigenthums vom rechtmäßigen zum relativ berechtigten, ist eine ewige Wahrheit und Nothwendigkeit: Im plus muß stets auch ein minus enthalten sein; ein Eigenthum, wie es gegenüber allen zu Recht bestehen kann, muß auch bloß Einzelnen gegenüber zu Recht bestehen, wenn

Digitized by Google

inter gentes, welche des commercium und des Rechts, bindende Verträge zu schließen, nicht theilhaftig waren, somit zum Verkehre zwischen den Fremden der verschiedenen civitates des vorjustinianischen Rom unter sich wie auch zum Verkehre zwischen cives und Fremden bestimmt. Diese possessio allein vermittelte deren Verkehr, Handel und Wandel. (Vergl. des Verf. Grundl. einer Geschichte der römischen possessio 1884 § 15 S. 176 ff.) Weil nun diese verschiedenen Völkerstämme des römischen Reichs, so lange sie des commercium mit den cives nicht theilhaftig waren, auch zugleich unfähig waren, bindende Verträge zu schließen, deshalb übertrug auch noch später nicht einmal die rechtmäßigste causa eines civilen Vertrags allein dies ihr Eigenthum possessio, wohl aber ein „Faktum" oder „vollendete Thatsache", das fait accompli eines Eigenthumsübergangs. Dies erforderte nebenbei ja auch, wie keine Obligation der Person, so eben auch zugleich keine, bei Fremden unzulässige Exekution gegen die Person, sondern nur eine bei ihnen allein mögliche Exekution gegen die Sache. Diese vollendete Thatsache, dies Faktum des Eigenthumsübergangs allein und dieses »res« repetere vermochte daher alsdann schon im ältesten Rom eine Prieſterrechtspflege, dann das Interdikt des praetor peregrinus zu schützen. Dies der geschichtliche Grund, warum zum Erwerbe der römischen Eigenthumsart possessio nur ein Faktum, nie ein Vertrag wesentlich war! (cf. des Verf. Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio, § 3 S. 51, § 16 S. 199 ff.). — Dies Wesen nun aber: der römische Eigenthumsbegriff possessio ist, wie gesagt, nothwendig auch unter Justinian noch das gleiche verblieben, nachdem es, unter der Umschreibung in bonis durch Justinians Constitutionen, mit dem civilen dominium vereinigt und, soweit es justa causa erworben wurde, mit diesen identisch wurde, niemals wurde es zur bloßen heutigen Detention, immer verblieb der Name der römischen possessio, wie von Anfang an, der eines römischen Eigenthums! Keineswegs Zufall ist es daher, daß — Paulus neben Theophilus — betont, daß der animus des possessor ein animus eines Eigenthumserwerbes ist. Das Wort animus »domini« würde sogar durch Justinians Compilatoren erst interpretiert sein! Vorjustinianisch konnte der possessor nur animus possidendi haben. Denn der possessor als Eigenthümer des jus gentium konnte doch nur den animus haben, possessio, d. i. Eigenthum nach jus gentium, nicht civiles dominium zu haben! Aber die Worte animus possidendi bezeichnen selbst schon den animus, „Eigenthum" nach jus gentium zu haben. Denn possessio heißt Eigenthum! — Dies das römische System! —

Vollständig übersieht, unterschlägt so Savigny's Schule auch den ganzen, in den Justinianischen Quellen gegebenen Ausbau dieses Systems des dogmatischen Eigenthumsbegriffes possessio: Dadurch, daß eben diese Schule auch das heutig positive Recht in der gesammten Vergangenheit a priori gegeben und mit dem ganz anderen Rechte der Vergangenheit ebendeshalb auch diesen unseren heutigen Besitz des Detentor identisch erachtete, übersah sie alle diese Eigenthumsweise der römischen possessio! — Sie übersieht so oder verschweigt, wie gesagt, vor allem, daß im corpus juris noch die sämmtlichen justae causae des Eigenthumserwerbes, die justae causae pro emptore donato, dote, legato etc.! nichts sind, als ausdrücklich und buchstäblich die causae des „Erwerbes"! dieser wirklichen römischen »possessio«: causae possidendi,[5]) nicht etwa bloße causae possessionis! Wie sollte eine animo domini rechtmäßig erkaufte und tradierte Sache eine bloße Detention begründen? Auch äußerlich ist dies sehr wohl erklärlich: Ist ja doch der Eigenthumserwerb des gemeinen römischen jus gentium, der Erwerb dieser possessio, welche zugestandenermaßen und quellenmäßig gleich ist dem »in bonis«, allein in die Justinianische Compilation überhaupt übergegangen. Nicht aber ist in die Justinianische Compilation übergegangen der ganze reine civile Erwerb des dominium ex jure Quiritium, die mancipatio und in jure cessio! Deshalb konnte das, aus Justinians Compilation des jus civile und jus gentium ent-

[5]) l. 17 D 6, 2: possessionem ex ea causa nactus est; l. 28 in f. D. 9, 4: justam causam possidendi; l. 7 § 3 D. 10, 3: justa causa est possidendi; l. 3 § 21 l. 3 § 4 D. 41, 2; § 4 J. 4, 6. Vgl. meine „Grundlagen einer Geschichte der röm. possessio" 1884 S. 59—60, Grunhuts Zeitschrift, Wien VI. 1879, S. 559 Note 2.

Digitized by Google

standene Justinianische Eigenthum nur diese causae oder Erwerbtitel des Eigenthums der possessio des jus gentium erwähnen! — Savigny's Schule übersieht oder verschweigt ferner, daß, wie gesagt, nach l. 3 § 21 ff. D 41, 2 dieses, ex justa causa erworbene, also: das volle, rechtmäßige „Eigenthum" der possessio, das Recht, welches wir Deutsche allein als Eigenthum anerkennen, nach den Begriffen der Römer ausdrücklich nur eine bloße Art: entweder eine »species« oder ein »genus« der römischen possessio i. e. des römischen Eigenthums überhaupt bezeichnet wird. Wie aber sollte alsdann dieselbe possessio ad interdicta — als »species« oder „Gattung" der possessio, neben dem justa causa erworbenen rechtmäßigen Eigenthume der possessio — nur ein bloßes Faktum einer Detention oder Inhabung, nur faktischer Besitz sein können?! — Man übersieht oder verschweigt weiter, daß zufolge des sogenannten unus casus in § 2 J 4, 6 und des ganzen Digestentitels de Publiciana die actio Publiciana in Wirklichkeit: die actio, nicht zwar einer Detention, wohl aber nur eben dieser römischen possessio ist! welche, wie wir sehen werden, auch ohne Detention sich nach jus gentium durch corpus und animus dom. verkörpern, oder, ipso jure civili selbst ohne Detention übergehen konnte! — Man beachtete ferner nicht, daß dieser Eigenthumsbegriff der wirklichen römischen possessio nicht etwa dadurch verändert wird, daß der antike Eigenthumsprozeß wegen des Geltens eines doppelten Rechtes in Rom: des jus civile und jus gentium geschichtlich in zwei Eigenthumsprozesse zerfiel, und daß diese, zuvor berechtigte Theilung noch von Justinian und zwar nur aus bloßer Gewohnheit und vermeintlichen Zweckmäßigkeitsgründen (quia »commodius« est, possidere quam petere; ideo ingens existit contentio de possessione § 4 J 4, 15) und eigentlich grundlos beibehalten wurde; als ob nicht der Rechtsuchende geschädigt würde, wenn der rechtmäßige Eigenthümer möglicherweise gezwungen wird, dieselbe relative Stufenfolge seines Eigenthums in zwei Prozessen zu erstreiten: Sich dieselbe erst abstreiten zu lassen, um sie dann erst mit Recht, aber nach Verlust von Kosten und Zeit ꝛc. zu erstreiten! Zuerst nämlich wurde in Rom im „Eigenthumsstreite" untersucht (cum de proprietate controversia, ante quaeritur § 4 J 4, 15): ob jemand jure gentium auf die causa oder den Titel der possessio allein: des corpus und animus schon, Possessor und deshalb relativer „Eigenthümer" war. Dies konnte der unrechtmäßige Eigenthümer sein. Dann erst wurde in einer actio oder petitio, welche ursprünglich allein ein judicium begründet, untersucht, ob ihm ein rechtmäßiges besseres Eigenthum zustehe. So zwar, daß dann erst — beim civis innerhalb einer legis actio untersucht wurde, wer dominus ex j. Quiritium — beim Nichtcivis aber und bei nicht civilem Eigenthumserwerbe innerhalb des judicium Publicianum, ob ihm eine bessere possessio mit justa oder putativa causa (Publicianisches Eigenthum) nach jus gentium zustehe. — Endlich übersah man — eine Hauptsache! — daß ja die, erst heutzutage irrthümlich so bezeichnete abgeleitete possessio des römischen pigus, precarium, sequester in Rom keineswegs eine abgeleitete! sondern eine wirkliche, einheitliche, volle possessio, wirkliches Eigenthum mit animus domini oder rem sibi habendi war; nimmermehr aber bloße Detention ohne an. domini! Daß eben bei dieser possessio begrifflich, wenn auch widerruflich oder zeitlich begrenzt, in Rom wirkliches Eigenthum[6]) des jus gentium nämlich, daß hier nur das „Eigenthum" dieser possessio oder das »in bonis« zum Zwecke und auf die Dauer der Verpfändung, Sequestration oder bis zu precärem Widerrufe tradiert wurde! Ganz ebenso, wie ja auch im vorjustinianischen Rechte, innerhalb des jus civile selbst das »civile dominium (ex jure Quiritium — durch mancipatio oder in jure cessio) mittels »fiducia« gleichfalls nur zum Zwecke einer Verpfändung,

[6]) Ein handgreifliches Beispiel! Nehmen wir an: Jemand, (etwa ein, durch zuvieles Forschen über römische possessio an eigenem Besitze herabgekommener Jurist), übergibt einem Freunde seinen letzten, vielleicht nicht einmal gekauften, sondern nur gefundenen Rock, also eine possessio non justa causa, gegen ein Darlehen zum sofortigen Eigenthum. Zahlt der Darlehensempfänger das Darlehen nicht, so bleibt der Darleihende bis zur vollständigen Bezahlung der nicht rechtmäßige, gleiche Eigenthümer, wie der Trabent, lediglich mit der bekannten Beschränkung in Bezug auf den Verkauf. Ist dies der Fall, dann haben wir eine relative possessio pignoris erlebt. — Zugleich das relative Eigenthum verstanden die Römer unter possessio pignoris!

Digitized by Google

Sequestration oder bis auf precären Widerruf zeitweilig übertragen werden konnte; oder ganz so, wie noch nach heutiger Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Zwecke einer Verpfändung vorübergehend das volle Eigenthum auf Zeit ꝛc. übertragen werden darf! Kurz, man übersah, daß die römische possessio als Eigenthumsbegriff allein eine einheitliche Lehre zuläßt!

c) Dann übersah umgekehrt Savigny's Schule vollständig, wie gesagt, auch noch die Verschiedenheit des inneren Baues des bloßen „Faktums", der römischen possessio corpore et animo domini schon und der germanischen Detention speciell. Diese Verschiedenheiten beider sind folgende. — Einmal in Bezug auf den animus. Einmal kann und darf der bloße Detentor, der faktische Innehabende als solcher, niemals animus domini haben. Auch der, blos zur Detention, zum Inhaben Berechtigte darf nicht mehr wollen, als: innehaben; nicht aber sich ein Eigenthum anmaßen: Dieser, nur zur Detention Berechtigte würde sonst sein bloßes Recht, eine Sache innezuhaben, widerrechtlich überschreiten und sich die causa selbst unzuläßig mutieren! z. B. der Pfründebesitzer, deutsche Faustpfandgläubiger! Bei der possessio dagegen ist animus »domini« wesentlich. — Zweitens, und das ist die Hauptsache, ist auch die germanische faktische Detention selbst wieder etwas ganz anderes, als das Faktum des corpus des römischen possessor an sich. Wie schon angedeutet, ist dies römische »corpus«, diese thatsächliche Verkörperung des römischen Eigenthumsüberganges, im Vergleiche zur germanischen und heutigen Detention, um vieles weiter; das römische corpus ist gewissermaßen ein Gattungsbegriff, welcher die bloße Detention nur als einzelne species in sich schließt; somit in sich schließen kann, nicht in sich schließen muß! Eine germanische und heutige wirkliche Detention speciell dagegen hat nur derjenige, welcher eine Sache entweder persönlich oder durch bloße Mittelspersonen, welche nur seine äußeren Werkzeuge und von seinem Willen abhängig sind, wie: Dienstboten, Hausangehörige ꝛc., faktisch selbst unmittelbar innehat; also: entweder in der Hand oder in eigenem Verschlusse unter seiner Verfügung oder in sonstigem Gewahrsam (persönlich oder durch dritte Abhängige) hat, so daß er mittels seines Willens sofort und unmittelbar auf die Sache faktisch einwirken, über die Sache faktisch verfügen kann. Das römische »corpus« dagegen, welches durch sein Faktum, durch faktische Herrschaft, zwar das römische absolute oder relative Eigenthum der »possessio« — aber nicht nothwendig eine bloße Detention — „erwirbt", ist infolge des constitutum possessoriam schon viel weiter, als diese körperliche und unmittelbare Detention! und gegeben, auch wo der Eigenthümer über die Sache nicht unmittelbar verfügen kann. Dasselbe kann, wie die Detention, zwar auch entweder orginär mittels occupatio oder derivativ, mittels römischer traditio vor sich gehen, ist aber eben in beiden Fällen auch dann schon gegeben, wenn der, die possessio Apprehendierende oder Erwerbende nie selbst detiniert, sondern bloß mittelbar durch selbständige dritte Detentoren erwirbt, welche nicht bloße Werkzeuge oder Mittelspersonen sind, sondern nach eigenem Willen und Rechte detinieren: somit durch berechtigte dritte Detentoren, wie einen Pächter, Miether, Faustpfandgläubiger ꝛc. und ohne als possessores jemals persönlich oder durch bloße Mittelspersonen die Sache selbst faktisch detinieren, innehaben zu wollen! — In Wirklichkeit also bezeichnet das römische corpus so nicht entfernt eine heutige Detention, sondern nur eine äußere „Verkörperung" der objektiven Thatsache (nicht blos des Willens) oder eine Verkörperung des fait accompli, welches faktisch allein schon eine thatsächliche volle Disposition über den Eigenthumsgegenstand „als Eigenthümer" entweder durch unmittelbare Detention oder mittelbar durch andere, dritte Detentoren enthält! — So aufgefaßt ist daher auch selbst die derivative römische »traditio« nicht die bloße „germanische" Tradition, nicht eine germanische trans-datio, sondern weit richtiger eine römische trans-itio. Denn sie, wie beispielsweise die orginäre römische occupatio, ist auch dann schon gegeben, wenn der römische possessor (der römische relative Eigenthümer) eine Detention gar niemals, auch in Zukunft niemals, selbst erwerben will, welche beim deutschrechtlichen Besitze des innehabenden Detentor doch allein wesentlich ist! Dies beweist ganz klar und einfach schon, abgesehen von anderem, die römische Traditionsform

Digitized by Google

des sog. constitutum possessorium! Hier eben verkörpert schon ein bloßer Vertrag ohne jede Detention des possessor den thatsächlichen Uebergang, das corpus der wirklichen römischen possessio: wenn auch nicht als Vertrag, sondern als Faktum. Ja es kann sogar überdies zu den concludenten Abmachungen des klaglosen „pactum der Eigenthumsüberlassung", zu diesem corpus auch noch ein weiterer rechtswirksamer, wirklich klagbarer Vertrag hinzutreten, daß diese Detention nicht auf den possessor übergehen soll oder darf, z. B. ein Realvertrag eines commodatum, depositum, ein Consensualvertrag einer locatio conductio dahin, daß jetzt sogar gerade umgekehrt der Erwerber des Eigenthums, der possessor, ausdrücklich veranlaßt oder persönlich verpflichtet werden solle, eben diese germanische Detention, welche nach Savigny irrthümlich die Grundlage aller possessio sein sollte, eine Zeit lang gar nicht auf sich, den possessor, zu übertragen, sondern diese Detention bei dem, die possessio Aufgebenden und Veräußernden als Detentor, als Pächter, Miether ꝛc. gerade umgekehrt fernerhin zu belassen!! Wenn aber so unter Umständen — bei einer thatsächlichen Uebertragung eines wirklichen corpus einer römischen possessio — eine faktische germanische und heutige Detention sogar, zufolge einer wirksamen persönlichen weiteren Verpflichtung, gar nicht auf den römischen possessor übergehen darf, so ist doch gewiß klar, daß dieselbe heutige Detention nimmermehr nothwendige Voraussetzung und Inhalt des römischen corpus und des immerhin thatsächlichen Erwerbes der wahren römischen possessio sein kann!! Corpus wie possessio ist also deshalb nothwendig etwas ganz anderes, als unsere germanische Detention des Besitzers, und wirkliche römische possessio erwirbt deshalb nichts, als das römische corpus, diese bewußt animo domini, aber selbst ganz ohne Detention vor sich gehende „thatsächliche Verkörperung" des Eigenthumsüberganges: die thatsächliche Herrschaft als Eigenthümer! — Die heutige und germanische Detention ohne animus domini dagegen erzeugte auch in Rom noch überhaupt keinerlei dingliches Recht, wie heutzutage; nicht einmal eine possessio ad interdicta, weil der animus domini fehlt! Nur zufolge eines andern, persönlichen Rechtes, zufolge Vertrages, Deliktes etwa konnte mittels einer actio ad exhibendum, das habere, diese Detention, erlangt werden; niemals aber dinglich, wie im germanischen und heutigen Rechte! Diese also ist erst eine germanische und heutige Neubildung.

Dies und noch viele andere sind die geschichtlichen Beweise der Eigenthumsnatur und die Unterschiede der wirklichen antiken römischen possessio, gegenüber der heutigen Detention! Dieselben hat der Verf. vollständiger in seinen „Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio, Erlangen, Deichert 1884" dargelegt. Auf diese muß daher hier zur weiteren Information verwiesen werden! Man entschuldige nun aber schon jetzt diese breiten Wiederholungen der Beweisarten: Sie sind ja nothwendig, damit eine „historische Schule" die römische possessio endlich begreift!

3. Nun die **Uebermalung** dieses wirklich geschichtlichen ersten antiken Bildes durch die historisch romantische Lehre Savigny's: das zweite Bild, welches das vergangene römische Eigenthum der wirklichen römischen possessio mit dem jetzt lebenden germanischen jus in re aliena, eine fremde Sache zu detinieren, wie ein Recht zusammenzuschachteln unternimmt! — Um seinen, nicht aus inneren (§ 1, 4 I γ), sondern aus äußeren Gründen einer Politik (§ 1, 4 II) ihm eingegebenen, extrem aprioristischen Lehrsatz überhaupt in Ausführung zu bringen: Das Recht ist schon durch die gesammte „Vergangenheit" der Nation gegeben, schafft Savigny ein zweites Bild. Er identificiert nun und schachtelt diese beiden, eben beschriebenen grundverschiedenen wie unvereinbaren Institute Eigenthum und jus in re zusammen, indem er die antike römische possessio unter 2 einfach mit dem, in ihm unwillkürlich lebenden nationalen Detentionsbegriffe unter 1, völlig verständnislos gegenüber dem Leben, übermalt! — — Wie? — — Formell: Er wählt einen so weiten Begriff eines Rechtes „des Besitzes" oder „der Detention", daß in ihm, wie wir sehen werden, auch noch überdies vielleicht ein Dutzend verschiedener Rechte Platz hätte. So u. a. ein Theil wenigstens des römischen Eigenthums



Digitized by Google

der possessio unter 2 sowohl, soweit eben auch diese nicht durch eine detentionslose Verkörperung des corpus und animus domini, durch constitutum possessorium etc., sondern durch wirkliche Detention erworben ꝛc. wird, als das heutige jus in re aliena, eine fremde Sache ohne animus domini, lediglich mit dem animus „zu besitzen", unter 1, als vielleicht außerdem noch ein Dutzend ganz anderer Rechte! In diesen nichtssagenden, aber behäbig geräumigen Schachtelbegriff, welcher eben so weit ist, daß er kein einzelnes der eingeschachtelten Institute speciell definiert und doch auch zu keinem speciell ausreicht, faßt er nun auch diese conträren Rechte der Vergangenheit und Gegenwart, römische possessio und Detentionsrecht wie ein einziges zusammen, obgleich doch jus in re und Eigenthum niemals einen einheitlichen Begriff zulassen können. So formell! (Leider ist diese Anschauung nicht blos in unsere Doktrin, sondern auch durch diese in unsere Praxis übergegangen; z. B. § 232 Abs. 2 der R.C.P.O. v. 1877: Es ist dies nur Unvermögen der nur subsumierenden älteren historischen Schule wie jeder unzureichenden Jurisprudenz, welche alles neue Recht als bloßes „Faktum" auffaßte z. B. § 4 B a). — — Materiell aber macht Savigny sich diese Zusammenschachtelung doch noch mehr, geradezu erstaunlich einfach! Obgleich nämlich Savigny (R. des Bes. § 1) doch principiell erklärt, daß er die heutige Detention schützen will, i. e. daß der Gedanke eines „Schutzes" der Detention, somit dieser unrömische, heutige Gedanke auch seiner Besitzlehre zu Grunde liegt, entzieht er diesem, ihm selbst vorschwebenden nationalen wie historisch altehrwürdigen Detentionsrechte jeden Besitzesschutz: dem gesetzlichen Lehens-, dem canonischen Pfründebesitzer, dem Besitze der gewohnheitsrechtlichen Markgenossenschaft und Realgemeinde, dem Besitze unter fremdem Eigenthumsvorbehalte, des Faustpfandes ꝛc. ꝛc. entzieht er, trotz eines, zum Theil gesetzlichen, zum Theil gewohnheitsrechtlichen Gegebenseins eine Besitzklage vollständig: Ueber der positiven Rechtsquelle steht Savigny so die aprioristische, extreme Schulphrase „Geschichte der gesammten Vergangenheit"! Und auch diese nicht einmal wahr angewendet. Denn eine Geschichte unserer Vergangenheit ist ja auch das Detentionsrecht, und die römische possessio ist „geschichtlich" eben nicht einmal bloße Detention! Nachdem er so diese altgermanischen wie heutigen Detentionsrechte ihrer gesetzlichen wie gewohnheitsrechtlichen Begründung beraubt: mit offenbarer Rechtsverletzung! rechtlos gemacht, überträgt er dann auch noch den germanischen und heutigen Rechtsschutz des canonischen Pfründebesitzers (des canon redintegranda), des heutigen Gewohnheitsrechtes ꝛc. als vermeintliche possessio auf den römischen possessor mit animus domini allein, welcher doch selbst schon durch zahllose Klagen: reivindicatio, Publiciana, interdicta possessionis, condictio possessionis etc. mehr als ausreichend geschützt ist, und dieser germanischen und romanischen Klagen sogar nicht bedarf! — — Mit solchem unwahren Farbengemische somit „übermalt" Savigny die reine Lehre der antiken römischen possessio. Dies nennt Savigny's Schule eine historische Lehre eines heutigen, „rein römischen" Rechts der „gesammten Vergangenheit"!! Damit beraubt er seine Geschichte der römischen possessio der Wahrheit und das lebende Besitzrecht des Detentor des Rechtsschutzes! — —

Zeigt nun — einer solchen doktrinär romantischen Lehre gegenüber — der angeborne praktische Takt, ja selbst die bloße rohe Routine der älteren, von Savigny beseitigten, heimischen Praxis der vorigen Jahrhunderte, zeigen die, in der berühmten ersten Note des § 1 Seite 1 des Rechtes des Besitzes Savigny's bekämpften theoretischen Praktiker: Leyser († 1752) und Sibeth, so beklagenswerth auch vielleicht eine solche, ihres Rechtes und ihrer positiven Rechtsquellen unbewußte Routine eines Gewohnheitsrechtes und historische Rechtsunkenntnis ist, nicht selbst eine weit bessere, eine auf Grundlage der Rechtsquellen der heimischen Gesetzgebung wie des Gewohnheitsrechts allein wahre correkte und exakt positive „Geschichte"? Dahin nämlich: daß man auf Grund des, in uns allen, auch in Savigny selbst lebenden, Gewohnheitsrechtes des völlig unrömischen „Detentionsbegriffes" einfach darauf sieht: „ob jemand ein Recht zur Besitz-Detention überhaupt hat," i. e. juristisch gesagt, ob eine causa der Detention, canonische Pfründe, Faustpfand ꝛc. vorliegt?! Ist diese Beachtung eines positiven Gewohnheits-

Digitized by Google

rechtes so nicht auch juristisch eine allein correkte, correktere, als die rechtswidrige, dem „Gesetze" und „Gewohnheitsrechte zuwidere", aprioristische Entziehung der wohlerworbenen Rechte der zahllosen Detentoren durch Savigny, welche noch heute vielleicht einen großen Theil unseres gesammten Grundvermögens ausmachen (§ 4 A). Denn diese rohe Routine kann aus einem unbewußten positiven Leben des Rechtes und aus einer Rechtsquelle des Gewohnheitsrechtes noch eine bessere und geschichtliche Begründung finden, Savigny's „aprioristisch-politische Uebermalung" und Zusammenschachtelung dagegen niemals! Sie ist im positiven Civilrechte eine schadenbringende, revolutionäre Rechtsverletzung gewesen und ist es noch heute! Politik verdarb in ihr das Recht! — — Formelle, theoretische Zerrbilder freilich wie materielle Rechtsverletzungen konnten da nicht ausbleiben. Von ersteren alsbald unter Ziffer 4! Von letzteren dagegen unter § 4 A! — —

Nur in einem Falle erhält Savigny's romantische Doktrin auch im Einzelnen — infolge seines unbewußten Gehorchens gegenüber einem, in ihm unbewußt lebenden berechtigten herrschenden Rechte, — von einem Herrscher „Wirklichkeit", einem Prospero und seinem unsichtbaren Luftgeiste dahin verschlagen, und zuvor in einem Wirbel, in einem circulus vitiosus sich bewegend, — das germanische Gewohnheitsrecht des Besitzes des Detentor ohne animus domini aufrecht: und zwar in der vermeintlich abgeleiteten römischen: possessio! des pignus, sequester precarium! Gerade da also, wo in Rom selbst gleichfalls nicht eine Detention, sondern eine zeitweise wirkliche Eigenthumsüberlassung der possessio mit animus »domini« vorlag! Wie nämlich oben gezeigt, lassen sich ja diese Rechte des sog. abgeleiteten Besitzes Savigny's in einer doppelten Weise construieren: Einmal so, wie die Römer: indem man, — früher: vor Justinian in der fiducia das civile dominium ex jure Quiritium, oder seit Justinian und im früheren jus gentium das naturale Eigenthum der possessio, — unter Justinian aber das compilierte absolute und relative Justinianische Eigenthum, welches nun den Namen possessio neben dominium fortbehielt, — auf einen andern, zum Zwecke und auf die Dauer der Verpfändung, der Sequestration und bis auf precären Widerruf überträgt. Oder aber zweitens auf germanische und heutige Art: Indem man überhaupt nicht Eigenthum überträgt, sondern, indem man, während man das Eigenthum vollständig zurückbehält, so nur das bloße jus in re aliena (ohne animus domini), das dingliche Recht, zu detinieren oder innezuhaben, auf denselben Pfandgläubiger, Sequester und Precaristen überträgt. — Savigny's Doktrin nun wählte hier ausnahmsweise in diesem einen Falle, unbewußt, nicht den römischen Weg der „Vergangenheit", sondern den Weg des germanischen Gewohnheitsrechtes und der lebenden „Gegenwart": Er hält nun hier diese germanische Detention des Pfandgläubigers, Sequesters, Precaristen ohne animus domini eben noch für eine römische possessio und subsumiert in diesem Glauben diese bloße Detention direkt unter die von ihm a priori construierte Schablone der vermeintlichen antiken römischen possessio — aber als abgeleitete possessio ohne animus domini! — — Welche Zerrbilder nun aber mußten so überhaupt aus diesem Zusammenschachteln eines Eigenthums der antiken Vergangenheit mit animus domini und eines jus in re, eine fremde Sache faktisch zu besitzen oder zu detinieren ohne animus domini entstehen?! Sehen wir! — —

4. Hier nun also vorläufig, wie gesagt, nur zu den **Theoretischen Zerrbildern** und Unmöglichkeiten dieser Uebermalung oder Identificierung eines geschichtlichen Rechtes der Gegenwart und der Vergangenheit durch Savigny! Eine Darlegung der „praktischen" Schädigungen des Lebens[7]) durch Savigny's Besitzlehre dagegen wird ja dann unten (§ 4 A) folgen! — —

---

[7]) Endlos ist ja auch schon der Jammer der älteren Praktiker wie der Gegenwart über die Besitzklagen, welche Savigny's antiquarisch romantische, unverstandene Lehre, trotz eines, sich in der Praxis anbahnenden Gewohnheitsrechtes aufrecht erhielt. Ein Beispiel bietet u. A. Mittermaier, Archiv f. Civ.-Praxis Bd. 37 1854 S. 476, Note 17, gestützt auf Robernier de la preuve du droit de propriété. Paris 1841: Das Rechtsmittel auf einjährigen Besitz kann von schlauen Menschen mißbraucht werden zum Nachtheil des wahren Eigenthümers, dem es schwer wird, sein Eigenthum zu beweisen. — Aehnlich Wernz. — Auch selbst Puchta's Ansicht ist zu bemerken: Pandektenvorlesungen I



Digitized by Google

Nach Savigny aber soll doch der Besitz eine Detention oder Innehabung schützen und diese Detention soll trotzdem römische possessio sein. Der Augenschein der römischen Quellen dagegen zeigt gerade im Gegentheil, daß allüberall, wo immer jemand als Pächter, Miether, Depositar ꝛc. wirklich detiniert, derselbe gerade deshalb niemals römischer possessor ist, sondern nur ein Recht eines Anderen, welcher das Eigenthum an derselben Sache will: selbst des bloßen Eigenthumsprätendenten corpore et animo domini, ausüben kann, ohne selbst ein Recht zu haben. Schon im allgemeinen Wesen und Begriffe liegt also das folgende, bisher bereits erwähnte materielle Zerrbild zugleich theoretisch vor: Der „Schutz" des faktischen Zustandes der „Detention" sollte der theoretisch anerkannte Grundgedanke der Besitzlehre Savigny's selbst sein! Trotzdem aber soll durch letztere eben diese Detention durch Einschachtelung unter die römische possessio ihres althistorischen, wie heutzutage durch Gesetz und Gewohnheitsrecht geforderten (Ziffer 1) „Schutzes überhaupt beraubt" und sollte dies zu schützende Recht so rechtlos gestellt, vernichtet werden, indem die Besitzklage dieses jus in re der Detention mit einer antiken absoluten und relativen Eigenthumsklage identificiert und sinnlos auf letztere — auf das plus juris etc. — übertragen wird!! Dies alles, obgleich doch der Eigenthumsbegriff dieser wirklichen römischen possessio mit dieser Detention absolut nichts gemein hat, als daß ein faktischer Besitz oder eine Detention möglicherweise mit dem Erwerbtitel und Bestand dieses Eigenthum verbunden sein konnte, keineswegs aber verbunden sein muß!! Der Erfolg anderseits? Eine Einheit einer solchen Lehre, eine Einheit zwischen dem Rechte, eine Sache mittels animus domini „als eigene" und Eigenthum, und dem weiteren heutigen Rechte, dieselbe Sache ohne animus domini „als fremde", als bloße Detention zu haben, wird von der historischen Doktrin so niemals erreicht werden!! Der Tanz eines Ariel wird fortgesetzt!

Hieran reihen sich dann aber noch im Einzelnen mehrfache technische Zerrbilder des Baues und der formalen Construktion der Besitzlehre Savigny's an. Auch diese mußten dadurch entstehen, daß ein jus in re mit einem Eigenthume confundiert werden will! Betrachten wir nun auch diese einzeln:

α) Savigny's Lehre von einem „Recht des Besitzes" ist: eine technisch-juristische Utopie. — Die Unfertigkeit dieser Construktion allein, wie gesagt, erklärt uns, wie Savigny ganz verschiedene Begriffe, Eigenthum und Detentionsrecht in ein Institut zusammenschachteln konnte! Vor allem ist es ein juristisches Unding und eine Unmöglichkeit, daß aus einem Rechte „des Besitzes" oder „der Inhabung", somit aus einem Rechte, welches durch Inhabung oder Detention nur erworben werden soll, ein bestimmtes selbstständiges Institut fertig sollte entstehen können! Dieser Begriff zeigt nur einen einzelnen Rechtsbestandtheil, welcher zwar bei so und so viel Instituten, aber doch nirgends bei einem Institute ausschließlich und allein entscheidend gegeben ist. Der Begriff ist so ein völlig unfertiger; d. i. viel zu weit, als daß ein einzelnes bestimmtes Recht in ihm Platz fände! Er ist ein Theil eines einzelnen Erwerbgrundes und Inhaltes für viele Rechte, nie aber für sich allein ein besonderes, concret faßbares Recht! Denn ein solcher Begriff würde eben vielleicht bei einem Dutzend verschiedener Rechtsinstitute zutreffen, nimmermehr aber bei einem bestimmten Rechte allein! Savigny verwechselt hier aber nur den antiken wirklichen, relativen Eigenthumsbegriff der römischen possessio und das heutige Detentionsrecht mit einem bloßen Faktum, weil er Beide nicht „juristisch" zu construieren vermag!

Mit diesem Begriffe eines Rechtes „des Besitzes", dessen Namen gar nicht näher genannt ist, verhält es sich beispielsweise etwa ähnlich, wie wenn man ein selbstständiges Rechtsinstitut „des Vertrages" construieren wollte! Auch der Vertrag, wie der Besitz, ist ja der Entstehungsgrund für Dutzende von Instituten: für zahlreiche Obligationen, für Eigenthum, Servituten, Reallasten, soweit sie durch Vertrag, durch constitutum possessorium etc. entstehen können, für Erbverträge ꝛc.

---

§ 86 in f. S. 180 d. 3. Aufl. ꝛc. ꝛc. — Dann erst die Klagen der älteren Jurisprudenz seit der Glosse über die Besitzlehre und deren Klage: den locus vexatissimus, diabolicus etc. etc. des unus casus! etc.

Digitized by Google

Wem fiele es nun aber ein, ein besonderes Recht „eines Vertrages" zu construieren?! — Ganz ebensowenig aber, wie dies Recht „des Vertrages", konnte Savigny ein besonderes Rechtsinstitut „des Besitzes" construieren! Denn eben auch durch Besitz oder faktische Detention werden Dutzende von Instituten erworben! So: bald ohne animus domini, mit dem animus, lediglich eine fremde Sache zu besitzen: eben die zahlreichen Besitzrechte des Detentors des heutigen Rechtes: (des Faustpfandgläubigers, canonischen Pfründebesitzers, Retentionsberechtigten, Pächters, Miethers ꝛc. ꝛc.); bald ohne animus domini ferner: Servituten und Reallasten, soweit diese zufällig gleichfalls durch deutsche Besitzübertragung erworben werden, Erbrechte ꝛc. Mit animus domini aber entstehen auch durch Detention, wie durch corpus allein schon, bekanntlich die verschiedenen Stufen des römischen Eigenthums; (man vgl. unten β), nämlich: bald bei der Occupation einer herrenlosen oder derelinquierten Sache sogar volles, rechtmäßiges Eigenthum, bald bei putativer causa: Publicianisches, in jedem anderen Falle aber das plus juris, das relative Eigenthum der Interdikte. Endlich können mit einem Rechte, welches aus einem Besitze entstehen soll, sogar Contrakte concludent eingeleitet werden; so: die Realcontrakte des mutuum, commodatum, depositum, pignus etc. etc. — Auch die eigenen, in Savigny's Besitzlehre speciell aufgeführten und zusammengeschachtelten sog. Besitzrechte aber: die römische possessio animo domini, welche, wie unter β noch weiter zu zeigen, stets ein absolutes oder relatives Eigenthum begründet, und Savigny's vermeintliche „abgeleitete" possessio, ohne animus domini oder das jus in re aliena des heutigen Faustpfandgläubigers, Sequesters, Precaristen, (welches Savigny, statt als römische zeitweise Eigenthumsüberlassung mit animus domini, deutschrechtlich als Detention ohne animus domini construiert!), lassen so einen einheitlichen Rechtsbegriff eines Rechtes „des Besitzes" niemals zu: weil ein Eigenthum und ein jus in re nie ein einheitliches Recht sein kann! — Daher ist ein vermeintlich einheitliches Recht „des Besitzes" Savigny's wohl eine juristische Utopie! ein Begriff für viele Institute, nicht aber ein Begriff nur für ein einziges, einzeln faßbares Rechtsinstitut allein! Die heutige Jurisprudenz wird mit diesem Begriffe, wie gesagt, auch nie zu einer Einheit einer Besitzlehre gelangen, weil so heterogene in dem Begriff des Rechtes des Besitzes enthaltene Rechte niemals eine Einheit eines wirklichen Begriffes zulassen: sie wird so eben sich immer in einem Kreise eines Wirbels drehen, welchen ein Ariel über Savigny's Schule gebracht!

β) Auch die weitere Anschauung Savigny's ist eine juristische Utopie, daß eine Detention »animo domini« nach römischem Recht je ein, vom Eigenthum verschiedenes, bloßes Faktum des Besitzes oder ein selbständiges Recht verbleiben, und nicht selbst absolutes oder relatives Eigenthum werden sollte! Daß der römischen possessio ein wirklicher animus domini oder richtiger rem (das Eigenthum einer Sache) sibi habendi zusteht, steht auch nach den neuesten Forschungen Iherings — und überhaupt wohl nicht blos durch das Zeugnis von Paulus und Theophilus allein — außer Zweifel! Ist dies aber jetzt unbestritten der Fall, so ist innerhalb des römischen Rechts selbst, bei einer, von Savingny als Besitz construierten Detention animo domini, niemals Raum für ein Faktum des Besitzes oder für ein besonderes, vom Eigenthum verschiedenes und selbständiges Institut! — Vergleichen wir doch deshalb die folgenden möglichen Fälle: — Eine Detention mit animus domini ist in Wirklichkeit in Rom 1. entweder ein relatives Eigenthum. Sie ist nämlich entweder wieder: a) eine malae fidei possessio, z. B. dessen, welcher durch Detinieren eine bewußt fremde Sache occupiert. Auch diese ist nach römischen Begriffen plus juris oder relatives Eigenthum, wenigstens gegenüber Dritten, außer dem rechtmäßigen Eigenthümer: vitiosa possessio adversus ceteros oder extraneos. Mit a. W.: Auch selbst der Dieb hat ein relatives Recht; auch ihm darf man nach römischem Rechte die Sache wenigstens nicht wieder rechtswidrig nehmen, rauben ꝛc. l. 2, l. 3, l. 1 § 9 D. uti poss. 43, 17; l. 53, l. 3 § 5 D. de a poss. 41, 2, i. e.: Nur der Staat darf confiscieren! b) Ebenso demzufolge bei einer heutigen bonae fidei possessio ohne römische justa causa. z. B. die thatsächliche Detention eines Finders, welcher die gefundene, ihm bewußt fremde Sache in der Absicht (animo

Digitized by Google

domini) behält, dieselbe nach Anzeige bei der Polizeibehörde und Ablauf der Ersitzungszeit zu Eigenthum zu erwerben. c) Bei putativa causa endlich liegt animo domini ein Publicianisches Eigenthum vor. 2. Oder diese bloße Detention animo domini kann, wie gesagt, selbst ein volles, rechtmäßiges oder absolutes römisches wie heutiges Eigenthum sein: bei der Occupation einer derelinquierten oder herrenlosen Sache, oder bei einer res (früheren res nec mancipi) bello capta. Hier hat sogar der Detentor animo domini die reivindicatio des Justinianischen dominus. Diese Fälle erschöpfen alle Möglichkeiten einer solchen Detention animo domini. Für ein besonderes römisches faktisches Besitzrecht animo domini aber, welches nicht absolutes oder relatives Eigenthum wäre, ist somit in Rom nirgends Raum!

γ) Savigny's faktischer Besitz oder Detention alieno nomine! — Dies Zerrbild hat ja der Verf. schon früher (z. B. bei Juristentagsverhandlungen 2c.) erwähnt. Die römische possessio nämlich soll nach Savigny und der Glosse an sich nur ein „faktischer Zustand" der Detention sein. Nun giebt es aber auch eine römische possessio alieno nomine, welche von Savigny um jeden Preis mit einer heutigen faktischen Detention für identisch erklärt werden sollte! Weil diese possessio in Rom nun in Wirklichkeit ein Recht des relativen Eigenthums war, hatte dies dort nicht den geringsten Anstand! Jedes Eigenthum ist zudem der Inbegriff, die Totalität aller denkbaren Rechte über die Sache, nicht blos des Rechtes, sie innezuhaben; dieser Eigenthümer allerdings kann also recht wohl die einzelne Befugnis des Innehabens oder der Detention selbst als Recht von seinen übrigen Eigenthumsbefugnissen zeitweise total loslösen und sie eine Zeit lang einem Dritten überlassen. Ist aber Besitz und possessio nach Savigny bloßes Faktum der Inhabung, aus welchem erst Rechte entstehen, und soll dies auch durch Dritte als „Faktum oder Detention in fremden Namen" ausgeübt werden können: Wie sollte dies möglich sein? Ein „Faktum für einen Andern" ausüben, hieße eben etwa — wie faktisch detinieren, so auch faktisch — für den Andern schlafen, essen, trinken, lieben 2c. 2c. können: Und das brächte wohl auch die aprioristische Erfindung selbst für den gewiegtesten Juristen Savigny kaum fertig!! — Selbst wenn der Besitz des Detentor an sich ein, von jedem anderen Rechte verschiedenes Recht in Wirklichkeit ist — nämlich das accessorische Recht, ohne animus domini, ohne Willen ein Eigenthum 2c. zu wollen, eine fremde Sache zur Ermöglichung irgend einer zulässigen causa: des Pachtes, der Pfründe, des Faustpfandes 2c. 2c. innezuhaben — so ist doch auch eine faktische Detention alieno nomine eine Unmöglichkeit und ein Zerrbild. Durch selbstständige Detentoren kann eine „faktische" Detention eines Andern doch — abgesehen etwa vom „Rechte" auch des Detentors (unten Ziff. 5, sechstes Criterium) — unmöglich ausgeübt werden: Weil, wenn der bisherige Detentor vertragsmäßig die von ihm bisher detinierte Sache zur Detention einem Andern (Afterpächter 2c.) überträgt, er damit eben die eigene faktische Detention selbst, den ganzen Inhalt seines Rechts, nicht sein Recht selbst, mindestens zeitweise veräußert! So ist also eine Stellvertretung im faktischen Besitz, eine thatsächliche „Detention alieno nomine", ähnlich wie eine solche bei einer römischen possessio alieno nomine existiert, ein Unding und ein Zerrbild: das Höchste vielleicht, was eine ungeschichtliche wie erfahrungswidrige doktrinäre Aprioristik an Unmöglichem zu construieren und überhaupt je zu leisten vermochte!

δ) Das Zerrbild des Besitzes des „Eigenthümers" selbst an der eigenen Sache. — Wenn Savigny's „Detention animo domini", wie dieser in späteren Auflagen seiner Besitzlehre behauptet, zugleich überhaupt ein Recht: nämlich Faktum und Recht zugleich sein sollte (als „bloßes" Faktum käme ja ein Besitz als Recht überhaupt nicht in Betracht), und zwar wenn dies Besitzrecht Savigny's, wie seine selbstständige Darstellung dieses „Rechts des Besitzes" ergiebt, ein besonderes, selbstständiges Institut und Recht sein soll, nicht ein Eigenthum, so müßte es doch auch dem Eigenthümer derselben Sache selbstständig, i. e. neben seinem Eigenthumsrechte als „besonderes" Recht zustehen können: Sonst ist es kein selbstständiges Recht, sondern eine bloße Eigenthumsbefugnis. Dies wäre so aber ein selbstständiges „Besitzrecht" des Eigenthümers an der „eigenen Sache neben seinem Eigenthume"! Ein solches besonderes Besitzrecht des Eigenthümers

Digitized by Google

selbst nun ist aber wohl wieder eine faktische wie juristische Unmöglichkeit und ein wohl kaum klar gedachtes Recht! Denn das Eigenthum umschließt ja eben als Inbegriff aller an einer Sache denkbaren Rechte an sich schon auch das Recht, diese eigene Sache zu detinieren, sie innezuhaben und faktisch über sie zu verfügen: Im plus des Eigenthums liegt immer auch schon das minus der bloßen Detention. Wie sollte also der Eigenthümer, welchem als solchen alle Rechte an der Sache bereits zustehen, an der eigenen Sache noch ein besonderes „selbstständiges" „Besitzrecht" haben können? Denn war die Detention niemals von seinem Eigenthume getrennt, dann ist überhaupt keine Veranlassung, sich ein besonderes Besitzrecht des Eigenthümers zu denken. Sie steckt dann von jeher in seinem Eigenthume! War sie aber getrennt, hat ein Dritter, außer dem Eigenthümer, als Usufruktuar, Faustpfandgläubiger, Pfründebesitzer, Pächter ꝛc. die Sache auf die Dauer dieser causa ohne animus domini detiniert und geht diese Innehabung nach Erlöschung der causa des Nutzgenusses, Faustpfandes ꝛc. nur wieder an den Eigenthümer zurück, dann consolidiert sich dieses Detentionsrecht des Dritten in demselben Momente eben einfach wieder ipso jure mit dem Eigenthume der Sache, wie jedes andere jus in re. Beim absoluten Eigenthümer consolidiert sich dies Detentionsrecht des Dritten alsdann eben mit dem Eigenthume des Eigenthümers selbst wieder absolut oder gegenüber jedem Dritten wirksam, beim relativen Eigenthümer (mit Publiciana und plus juris) dagegen consolidiert sich dies Detentionsrecht wenigstens relativ mit dem Eigenthume, d. i. nur gegenüber Dritten wirksam, welche nicht selbst besser eigenthumsberechtigt sind. So ist dies Detentionsrecht animo domini als „selbstständiges" Recht selbst auch des Eigenthümers, als ein Recht, welches infolge seiner Selbstständigkeit auch dem Eigenthümer der Sache als besonderes Besitzrecht, als besonderes jus in re! müßte zustehen können, ein Unding und Zerrbild. Ein solch' besonderes jus in re ist daher überhaupt nur denkbar als jus in re »aliena«; ein jus in re »aliena« an der „eigenen" Sache aber auf Seite des Eigenthümers selbst ist ein monströses, undenkbares Zerrbild! — Dieselbe Unmöglichkeit ließe sich auch umgekehrt nachweisen, aus dem schon oben zu β) erwähnten Grunde. Eine Detention animo domini nämlich ist im gemeinen römischen Rechte ohnehin, wie zu β) gezeigt, immer selbst schon ein Eigenthum: bei justa causa possidendi ein absolutes, bei Mängeln der causa dagegen ein relatives Eigenthum. Wenn nun also der Detentor animo domini, wie gesagt, schon an sich Eigenthümer, nicht blos ein dinglich Berechtigter ist, wie sollte derselbe Eigenthümer der Sache, weil er detiniert, noch erst ein besonderes, selbstständiges Recht, außer dem Eigenthume, welches nicht Eigenthum ist, erwerben können?! So ist aber dies jus in re der Detention, welches auch an der eigenen Sache im Falle seiner Selbstständigkeit ein besonderes Recht begründen müßte, wieder unter allen Umständen ein Unding und Zerrbild! — Auch ein drittes Recht endlich, ein Mittelding zwischen possessio und Besitzrecht des Detentor, ein Mittelding also zwischen dem absoluten und relativen Eigenthume der römischen possessio einer- und dem jus in re aliena des deutschen Besitzrechts des sogen. Detentors oder Inhabers an der fremden Sache (ohne animus domini) anderseits, ist logisch für den Eigenthümer der res corporalis selbst undenkbar! Denn es läßt sich überhaupt kein Mittelding denken: zwischen dessen Rechte einerseits, eine Sache für sich selbst als eigene oder als sein Eigenthum zu haben (possessio animo domini), und: dem Rechte, dieselbe Sache als fremde und als fremdes Eigenthum zu haben (Besitz ohne animus domini); etwa als bloßer Pächter, Faustpfandgläubiger ꝛc. Deshalb ist auch Savigny's Besitzlehre: eines vermeintlich selbstständig, somit auch für den Eigenthümer neben dem Eigenthume bestehenden dritten Schachtel-Rechtes einer Detention animo domini, welches aber doch auch nicht ein bloßes jus in re aliena sein sollte, wohl unter allen Umständen eine weitere juristische Unmöglichkeit und ein offenbares Zerrbild!

5. Neuere Vereinigungsversuche. — Zur Vereinigung dieser unvereinbaren Grundbegriffe: absolutes und relatives Eigenthum und jus in re aliena: der römischen possessio und des heutigen Detentionsrechtes sind indessen neuerdings wieder von bedeutenden Juristen Versuche unternommen worden. Diese alle müssen

Digitized by Google

aussichtslos sein! Das Zerrbild ist wohl unrettbar! — Namentlich hat man die eine Verschiedenheit des animus domini der römischen possessio und des animus, lediglich eine fremde Sache zu detinieren, des germanischen Detentionsrechtes dadurch zu beseitigen versucht, daß man vorschlug: auch diesen animus noch sich aus der Besitzlehre Savigny's ganz und gar wegzudenken, und nur noch den „Zweck", die Thatsache des Inhabens, das Recht des Besitzes allein zu schützen. So neuerdings Ihering (der Besitzeswille, Jena 1889) mit Baron (Ihering's Jahrbücher 1890, XIX., S. 195 ff. 2c.). Selbst § 777 des zweiten Entwurfs eines D. Civ.-Ges.-Buches von 1894 ist ihnen gefolgt. Andere bedeutende Juristen, wie selbst Dernburg, suchten schon vorher den Besitzwillen wenigstens so weit zu fassen, daß in demselben auch jeder andere animus: sowohl ein animus domini oder der animus der römischen possessio, als ein animus, lediglich faktisch zu besitzen oder innezuhaben, des Detentor Platz fände. Auch damit aber dürfte nur eine Verschleierung versucht werden, ohne daß wir unwillkürlich nun einmal gegebene Verschiedenheiten des Systems beseitigen könnten!

Beides dürfte ein vergebliches Bemühen sein! Warum den animus ganz beseitigen wollen, nachdem eine Detention ohne jedes Wollen, wie soeben zu 4a gezeigt, ein juristisches Nichts, ohne juristisches Interesse, noch gar kein Recht, ein bloßer Erwerbtitel 2c., ohne animus, möglicherweise ein Aufgeben, ein Verzicht auf jedes Recht ist?! Schon der „Zweck" des bloßen Innehabens enthält ja aber im Gegentheil concludent den »animus«, blos innezuhaben! Warum ferner, und das entscheidet, den animus weglassen, wenn eine Detention, gerade je nachdem dieser animus ein animus domini, oder ein animus, die Sache nur als fremde innezuhaben, ist, ein ganz verschiedenes Recht erzeugt? Ein animus domini beispielsweise: erzeugt bei einer Detention einer res nullius, res derelictae, res bello captae, wie gesagt, sogar ein absolutes Eigenthum, ein animus, lediglich innezuhaben, ohne Eigenthum zu wollen, dagegen gestaltet beim Faustpfande, Pfründenbesitz 2c. dieselbe Detention nur zu einem (accessorischen) dinglichen Rechte (jus in re aliena)! Diese von Natur aus verschiedenen Institute nun: röm. possessio an. dom. und heutige Detention, canon. Pfründebesitz 2c. würden aber alsdann nichtsdestoweniger verschiedene Rechte verbleiben, auch wenn wir deren animus verschweigen, und das Weglassen oder Verdecken ihres animus wird sie dann eben nur unvollständig — zudem niemals als Recht — definieren! — Diese Vermittlung gliche also dem Vorschlage: von zwei, etwa zum Verwechseln ähnlichen, nun einmal gegebenen selbstständigen Körpern von Menschen, welche sich äußerlich u. a. durch Kopf und Willen unterscheiden, sich nur den Kopf wegzudenken, ihn wegzuschneiden oder diesen zu verdecken. Dann werde man beide Körper mit Savigny identificieren, i. e. einen für den andern gebrauchen können! Aber diese verschiedenen organischen Körper würden eben alsdann leblos und doch auch dann noch immer verschiedene Körper verbleiben! Ihre Verschiedenheit dürfte sich auch so nicht aus der Welt schaffen, sondern nur verwechseln lassen! Ebensowenig vermöchte also auch ein Geist der Neueren beide obigen Institute auf diese Weise zu vereinen! Denn Eigenthum und jus in re wird unvereinbar bleiben!

Und dann, was würde das Hinwegräumen dieses einen Unterscheidungsmerkmales der beiden Körper, — dieses animus allein nämlich, — helfen, nachdem ja doch auch nach dessen Hinwegdenken noch immer eine Reihe anderer Unterscheidungsmerkmale von römischer possessio und heutigen lebenden Detentionsrechts und die gleiche Verschiedenheit verbliebe! Giebt es denn nicht noch weitere Unterscheidungsmerkmale beider? — Ohne Zweifel viele! Ueberblicken wir einige derselben! — So wählen wir ein wenigstens als Regel geltendes zweites Kriterium! Das Detentionsrecht hat beispielsweise regelmäßig nur eine actio retinendae detentionis, setzt also — als regelmäßiges zweites Kriterium — eine vorherige Erlangung der Detention voraus; wozu wäre sonst ein Schutz einer faktischen Detention regelmäßig möglich und nöthig, wenn die faktische Detention noch gar nicht erreicht, also auch noch gar nicht zu schützen ist? Zuvor aber hat beispielsweise der Pächter, Miether 2c. nur eine persönliche Klage auf Erfüllung aus dem Pacht-, Miethvertrage 2c., auf Einräumung des accessorischen Besitzes. Nur seltene Ausnahmen gestatten vielleicht dem Detentionsrechte auch schon eine

Digitized by Google

dingliche actio »adipissendae detentionis«; wie z. B. dem, im Frachtbriefe bezeichneten Empfänger auf Auslieferung des Frachtgutes nach Art. 405 des deutschen Handelsgesetzbuches. Die römische possessio dagegen setzt infolge des constitutum possessorium niemals eine Detention: weder bei dem interdictum adipissendae noch retinendae noch recuperandae possessionis voraus! — Ein drittes Kriterium: Das Detentionsrecht erfordert auch für die Fortdauer seines Rechts, nicht blos für den Erwerb, zwar nicht den römischen animus domini, wie die römische possessio, sondern einen andern Willen; wenn auch nicht ein Bewußtsein, z. B. bei den Jungen eines Thieres, bei Accessionen, bei einem Complexe, so doch den Willen zu detinieren oder innezuhaben. Auch dieser Wille darf nicht in contrarium bethätigt sein; denn ohne daß jemand detinieren will, würde auch seine Detention nicht geschützt werden. — Ein weiteres viertes Kriterium! Das Besitzrecht des bloßen Detentor setzt andere causae voraus, als die causae possidendi. Vor allem fordert auch dies Detentionsrecht überhaupt causae detentionis; ohne solche wird es nicht geschützt: Ohne rechtlich gestattetes Interesse nämlich, blos um Willkür zu üben, z. B. blos, um ohne jedes Recht auf einem fremden Grundstücke spazieren zu gehen, einen Weg, eine Wasserleitung zu benützen, um grundlos anderes Eigenthum zu verletzen oder zu zerstören, darf auch das faktische Inhaben nicht geschützt werden! Ein wirkliches Detentionsrecht fordert also nicht blos „faktisches" Innehaben, sondern auch ein principales „Recht": einer causa, aber eine andere, als die possessio. Während die bekannten causae possessionis und possidendi, wie gezeigt, die bekannten Eigenthumserwerbarten pro emto, vendito, dote, donato, legato mit der relativen causa, pro possessore oder pro suo sind, sind causae detentionis ganz andere, eine canonische Pfründe, Lehen, Nutzgenuß, Besitz unvertheilter Gemeindegründe, sonstiger Genossenschaftsbesitz, Besitzerwerb unter suspensivem Eigenthumsvorbehalte eines andern, Faustpfand, Pacht, Miethe, selbst sonst rechtlich gestattetes Interesse ohne eigene Nutzung; z. B. beim Sequester, Depositum, prekären Detentor. — Ein fünftes Kriterium! Nach diesen causae bestimmt sich ferner nicht blos Inhalt und Umfang, sondern auch die Zeitdauer eines Detentionsrechts. Während die causa possidendi ein inhaltlich unbegrenztes Eigenthum und eine zeitlich unbegrenzte ewige Herrschaft über die Sache begründen soll, ist die causa detentionis von jener weiter dadurch verschieden, daß sie nur ein zeitlich begrenztes Recht bieten kann. (Ein ewiges, unbedingtes Innehaben einer fremden Sache durch den Detentor würde auch das Eigenthum ausschließen und im Erfolge selbst ein Eigenthum sein!) Auch das Lehen kann durch Felonie ꝛc. enden ꝛc. Hieraus ergiebt sich aber die weitere Verschiedenheit des heutigen Detentionsrechts von der römischen possessio, daß dasselbe nur ein accessorisches Recht ist: Das Detentionsrecht besteht nur solange zu Recht, als die causa principalis desselben: die Pfründe, der Pacht ꝛc. den Inhaber zum detinieren berechtigt. Nur solange darf der Detentor innehaben! Wenn so auch die römische possessio ein principales, das heutige Detentionsrecht ein blos accessorisches Recht ist, so sind nebenbei nichtsdestoweniger aber doch auch diese accessorischen Detentionsrechte selbständige Rechtsinstitute: ebenso, wie beispielsweise das accessorische Pfandrecht, die Bürgschaft ein selbstständiges Institut ist! — Ein sechstes schon erwähntes Kriterium: Die römische possessio läßt eine unbedingte Stellvertretung eben durch Detentoren (i. e. eine possessio alieno nomine) zu; das Faktum der Detention oder Inhabung an sich dagegen gestattet, wie soeben zu Ziffer 4 γ gezeigt, niemals eine Stellvertretung, weil eine Detention durch einen andern eine zeitweise Veräußerung wäre. Regelmäßig geht wohl durch Uebertragung der Detention auch zeitweise das Detentionsrecht verloren. Z. B. bei einer Aufstellung eines anderen Beamten mit Pfründebesitz, eines Pfarrverwesers mit Pfründenbesitz ꝛc. Nur ausnahmsweise gestatten vielleicht solche Detentionsrechte eine Zurückbehaltung des „Rechts" durch den früheren Detentor und eine zeitweise Veräußerung des „Faktum" der Detention an einen neuen; z. B. bei Afterpacht, Afterverpfändung, Ueberlassung eines Depositum durch den Depositar auf bestimmte Zeit. Dann ist aber jedenfalls die faktische Detention zeitweise veräußert, (während bei einer römischen possessio durch Veräußerung der Detention immer selbst das Recht possessio, das faktische Eigenthum

Digitized by Google

zurückbleibt. Mit dieser unzulässigen und unmöglichen Stellvertretung der faktischen Detention durch Dritte freilich ist die bloße faktische Ausübung des Detentionsrechtes durch bloße Mittelpersonen: Sklaven, Kinder, Hausangehörige, Dienstboten (Ziff. 4 γ) auch hier nicht zu verwechseln. Hier verfügt und detiniert eben der Dentor durch Mittelspersonen selbst! — Ein siebentes Kriterium: Nach der Praxis des Reichsgerichts in Strafsachen ist eine Detention oder ein Gewahrsam plurium in solidum möglich. Z. B. bei den invecta und illata eines Miethers hat dieser und der Hauseigenthümer, wie sein Verwalter, zugleich die Detention der Möbeln des Miethers, solange dieser den Miethzins nicht zahlt. Der Miether verschließt sie allenfalls mit dem Zimmer- und Hausschlüssel, der Hauseigenthümer und sein Verwalter mit dem Hausschlüssel allein. Auch eine Cassa ꝛc. können mehrere Cassabeamte je mit einem besonderen Schlüssel in solidum verwahren oder „detinieren". Eine »possessio« plurium in solidum dagegen gibt es bekanntlich nicht; auch nicht beim precarium! Von mehreren kann hier der eine nur unberechtigt einen animus domini in solidum haben: ein solcher Zustand ist bei einer possessio eben nur infolge Rechtsstörung, Prozesses vorübergehend denkbar, solange eben die possessio rechtlich noch ungeregelt ist. — Ein achtes Kriterium: Eine römische possessio ferner, ein Eigenthumsbegriff, ist undenkbar bei res sacrae; denn diese können nicht animo domini in Privateigenthum sein; ein rechtliches wie faktisches Detentionsrecht dagegen nach der Praxis nicht; denn wenn auch beispielsweise die Kirche Eigenthümerin verbleibt, und ihre Sachen nicht an. dom. besessen werden können, kann sie doch nach der Praxis das Besitzrecht eines Detentor dem Käufer und Erben ꝛc. von Kirchenstühlen einräumen. — Ein neuntes Kriterium. Die possessio selbst endlich, die Thatsache des possidere oder das Ausüben des Eigenthums corpore et animo domini schon kann für diese römische possessio nicht blos Inhalt, sondern auch zugleich Erwerbtitel, causa facti oder causa possessionis und possidendi sein; denn eo quod possidet, plus juris habet, quam qui non possidet oder possession vaut titre! Die faktische Detention allein dagegen kann für ein Detentionsrecht nie zugleich Erwerbtitel sein; weil das Besitzrecht des Detentor nur ein accessorisches Recht ist und nur besteht, wenn eine causa detentionis, ein anderes principales Recht, an welches sich das Detentionsrecht accessorisch anschließt, z. B. Pacht, Pfründebesitz, Nutzgenuß ꝛc. vorliegt; (vgl. die Note * am Eingange der Ziffer II). — — Das alles sind weitere Verschiedenheiten von römischer possessio und germanischem Detentionsrechte. Dieselben sind nicht etwa bloße naturrechtliche Erfindungen, sondern sie ergeben sich empirisch nothwendig aus der realen zwingenden natura, somit aus der, hier Platz greifenden, subsidiären Rechtsquelle des Juristenrechts. Sie sind zum Theil auch Geschichte und bereits durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu belegen! — —

Was würde es also nützen, wenn Ihering und die Neueren das eine Unterscheidungsmerkmal beider: die bloße Verschiedenheit des animus, eskamotieren oder verdecken würden? Es verblieben dann immer noch eine „Reihe" anderer Unterschiede übrig! So wird sich aber die Verschiedenheit von römischer possessio und heutigen Detentionsrecht im Leben und der Praxis plastisch gegenseitig abheben, wie das Leben zweier verschiedener organischer Körper. Beide dürfen nach Art der historischen Schule nimmermehr dadurch zusammengeschachtelt und verwechselt werden, daß sie verstümmelt oder daß zwei geschichtlich völlig verschiedene Bilder: diese antike possessio und das heutige Detentionsrecht durch ein weiteres aprioristisch geschaffenes Bild: das Recht des Faktums oder das Recht „des Besitzes" Savigny's nur gewissermaßen übermalt werden! Eine Restauration wird diese drei verschiedenen Bilder: 1. Geschichte der Vergangenheit, 2. bloße aprioristisch naturrechtliche Uebermalung Savigny's, endlich 3. geschichtliches reales Leben des Rechts — auseinanderhalten und sich principiell zum Bewußtsein bringen müssen: Weil im positiven Grundprincipe, nach der Schule des Lebens und des praktischen Rechts schon, das geschichtliche Recht einer „Vergangenheit" und einer „Gegenwart" nicht identisch ist, und ein geschichtliches Mittelding zwischen beiden im Momente der Gegenwart nicht gegeben sein kann! Mit dieser Analyse und inneren Ausscheidung des, wohl mit Recht so genannten Schachtelbegriffes „Recht des Besitzes" der Lehre

Digitized by Google

Savigny's aber werden dann auch auf einmal alle bisher (soeben unter Ziffer 4) wahrgenommenen Zerrbilder des Grundbaues und werden die praktischen materiellen Schädigungen nach § 4 A verschwinden, mittels welcher der oftcitierte Luftgeist Ariel durch die bisherige (vermeintlich geschichtliche) Aprioristik der „historisch" romantischen Schule Hugo's und Savigny's uns fortwährend in einem vitiösen Kreise gedreht, und uns fortwährend unbewußt dennoch auf die Gebiete entweder der wahren realen possessio des antiken Rom: i. e. eines Eigenthums, oder des heutig geschichtlichen Detentionsrechts i. e. eines bloßen jus in re aliena, verschlagen hat, auf Gebiete, welche nichtsdestoweniger beide unserem Prospero: dem Herrscher: Leben und „geschichtliche Wirklichkeit des geltenden Rechts" unterthan sind, und ihm unbewußt dienen.

Principiell schon ist so gewiß schon zu Folge der formalen Methode einer Construktion, wie wir sehen werden, nebenbei das positive Recht und die moderne Jurisprudenz berechtigt, die obige Casuistik des heutig lebenden und praktischen Institutes des Besitzrechtes eines bloßen Detentor so, wie soeben geschehen, generell auszubauen, und die Verschiedenheiten derselben von der antiken, rein römischen possessio auch in seinen einzelnen Consequenzen zu zeigen! Die Casuistik dieses positiven Institutes darf nämlich in dieser Weise aus inneren Gründen oder aus sog. Juristen- oder wissenschaftlichem Rechte unter Zuhilfenahme von „Analogie" und Abstraktion allerdings construiert und ausgebaut werden: Denn sobald auch nur ein einzelnes Institut einer solchen Neubildung so geschichtlich feststeht, — wie ja z. B. eben dies Detentionsrecht im Einzelnen mehrfach, sogar gesetzlich feststeht, z. B. als Lehensbesitz durch die Lehensgesetzgebung, als canon. Pfründenbesitz durch den canon redintegranda, als Besitz des Concursverwalters und des Faustpfandes durch moderne Reichsgesetzgebung, oder in den sonstigen Fällen, in welchen es auch noch gewohnheitsrechtlich feststeht, — dürfen wir nach positivem Rechte: für analoge Fälle einer Detention auch ein *generelles* Besitzrecht des Detentor juristisch construieren; (vgl. unten § 5 III 2 a β, § 7 A 3).

6. Fassen wir nun das *Resultat* dieser Trennung von geschichtlicher Vergangenheit und geschichtlichem Leben innerhalb des positiven Rechtes wie der Gesetzgebung für die Sanierung oder Restaurierung der speciellen Musterlehre des *Besitzes* Savigny's zusammen.

a) Nach dem geschichtlichen Vorbilde der Römer und ihres Erfassens des Rechts aus dessen positiven Leben, an der Hand der Rechtsquellen müssen wir auch heutzutage vor allem das Bestehen desjenigen *rechtmäßigen* Eigenthums neben einem *relativen* Eigenthum erfassen, welches die wirkliche antike römische possessio (das obige erste Bild) ist, so im Grunde die bisher von einer historischen Schule unverstandene römische possessio noch neuerdings auch bei uns recipieren, und so dieselbe mit dem, bei uns gewohnheitsrechtlich geltenden „besseren Rechte" klarer in Einklang bringen; denn derselbe Gedanke und dieselben Verhältnisse wie die der römischen possessio, der Publiciana, der Interdikte des Eigenthums possessio leben auch noch bei uns heutzutage fort, und es fehlt zu deren positiven Gelten wohl nur das lebensvolle Begreifen der Jurisprudenz (§ 2 II a γ)! Wir haben schon erwähnt, daß die Geschichte der römischen possessio zeigt (cf. u. a. die Grundlagen der Gesch. der röm. poss. des Verf., Erlangen, Deichert 1884), wie die possessio, dies ursprüngliche Doppeleigenthum des jus gentium, primär als rechtmäßiges oder sog. absolutes Eigenthum, nämlich als possessio ex justa causa durch Justinian mit dem civilen dominium ausgeglichen ist, wie ihr also hier sogar die reivindicatio zusteht, während sie auch noch — als possessio putativa causa mittels der Publiciana und als sog. possessio ad interdicta, (eo, quod possidet, »plus juris« habet, quam qui non possidet und nach dem Satze possession vaut titre) mittels des Interdikts geschützt wird. — So wurde das relative Eigenthum oder bessere Recht mit Klagen ausgestattet, auch bei uns schon bisher geübt. Diese Eigenschaft aber des römischen Eigenthums, diese Abstufung allen Eigenthums vom rechtmäßigen zum relativ berechtigten, ist eine ewige Wahrheit und Nothwendigkeit: Im plus muß stets auch ein minus enthalten sein; ein Eigenthum, wie es gegenüber allen zu Recht bestehen kann, muß auch bloß Einzelnen gegenüber zu Recht bestehen, wenn

Digitized by Google

der Erwerber nur wenigstens diesem Einzelnen gegenüber Eigenthum und so besseres Recht hat, als Dritte. Diese Aeußerung des gegebenen Lebens des Rechts müssen, wie die Römer, auch wir endlich erfassen! — Dies relative Recht und Eigenthum wird auch bei Mobilien — und selbst bei Immobilien durch das kommende Grundbuch — kaum überflüssig werden. Denn entzieht dann ein Betrüger beispielsweise dem im Grundbuche Eingetragenen sein Eigenthum und seine vindicatio etwa dadurch, daß er einen Theilnehmer an seinem Betruge, einen Gehilfen ꝛc. und Zeugen veranlaßt, sich vor dem beurkundenden Beamten und Notare fälschlich als den im Grundbuch eingetragenen Eigenthümer auszugeben und so die Verlautbarung und Umschreibung des Grundbuches auf ihn, den Betrüger selbst, zu erwirken, so wird dem früheren possessor und im Grundbuche Eingetragenen wohl eine persönliche Klage wegen Betrugs und eine Restitution nach obiger Stufenfolge erhalten bleiben müssen; er wird dem Betrüger die Sache entweder ex justa, eventuell e putativa causa, subeventuell auf den Titel des Faktum, des corpus und animus domini allein, welcher durch den früheren Eintrag in's Grundbuch, diesen Titel oder die causa der possessio allein schon eintritt, entwinden können müssen Ebenso werden sich nach der gleichen Stufenfolge auch die späteren Singularsuccessoren und Erben des, bisher im Grundbuche Eingetragenen bestimmen müssen. Eine relative possessio, dieses relative Eigenthum, wird niemals zu entbehren sein!

b) Neben diesem heutzutage fortlebenden absoluten und relativen Eigenthum aber, welches schon die römische possessio repräsentiert, werden wir anerkennen müssen, daß bei uns, (und zwar in der That auch schon in der gesammten Vergangenheit unserer eigenen, deutschen Nation seit der Geschichte des Mittelalters: im Lehens-, canonischen Pfründe-, markgenossenschaftlichen ꝛc. Besitze) ein, von dem römischen Eigenthumsbegriffe grundverschiedenes Besitzrecht des bloßen Detentor ohne animus domini lebt und positives Recht ist. (Ein drittes Bild.) Es ist dieses ein blos dingliches Recht, eine fremde Sache zum Zwecke und auf die Dauer einer rechtlich gestatteten causa einer Detention, einer Verpfändung, Pachtung ꝛc. innezuhaben, ohne je Eigenthum selbst zu wollen. Auch Savigny selbst erkennt es vereinzelt unbewußt an in seiner vermeintlichen bloßen Detention eines pignus, sequester, precarium. Nur werden wir bewußter, als er, ein doppeltes erkennen müssen: — Einmal, daß diese, von Savigny als vermeintliche bloße abgeleitete römische possessio mißdeuteten Fälle einer rein germanischen Detention dereinst in Rom selbst keine solche bloße Detention ohne animus domini waren, sondern eine leibhaftige Eigenthumsüberlassung einer römischen possessio mit animus domini auf die Zeit und die Dauer einer bloßen Verpfändung, Sequestration und bis auf Widerruf; daß also in dieser römischen possessio das Eigenthum des jus gentium ebenso widerruflich übertragen wurde, wie im vorjustinianischen Rechte das civile dominium in der fiducia. — Und zweitens, daß alsdann Savigny's Anwendung dieses Detentionsrechtes nothwendig viel zu eng ist! Daß kein logischer und juristischer Grund vorhanden ist, diese heutige Detention auf diese wenigen mißdeuteten Detentionsfälle des pignus, sequester und precarium zu beschränken, welche rein zufällig Savigny durch Mißverständnis der römischen possessio und Uebermalung derselben mit dem ihm angeborenen Detentionsbegriffe allein erkennt, alle übrigen Detentionsfälle aber rechtlos zu stellen, obgleich dieselben doch nicht blos durch Mißverständnis, sondern theils durch positive Gesetzgebung des Lehen-, canonischen und Reichsrechts, theils durch reales positives Gewohnheitsrecht und alle durch juristisch zulässige Analogie gerechtfertigt sind!

c) Die „Uebermalung" Savigny's dagegen, das „Recht des Besitzes", dies unmögliche zweite Bild und Mittelding zwischen einem absoluten oder relativen Eigenthumsbegriffe einer- und einem jus in re aliena anderseits, diese eben hier unwahre und unmögliche Identificierung von geschichtlicher Vergangenheit und Gegenwart oder positivem Leben — dieses zweite, auf das alte a priori nur unwahr aufgetragene Bild, wird als gleich werthlos wie unwahr, ganz zu streichen sein! Die Heilung der Misere unserer Besitzlehre liegt allein: in der Streichung dieses Zerrbildes, welches als die direkte Ausgeburt einer falschen Schule des Rechts einer

Digitized by Google

gesammten geschichtlichen „Vergangenheit" erscheint! Weder eine Theorie kann dies „Recht des Besitzes" fernerhin mehr mit Grund lehren, noch eine Wirklichkeit und Praxis es durch Urtheil zuerkennen, weil es in Wirklichkeit noch kein bestimmtes Recht ist und nicht nur die obenangeführten theoretischen Zerrbilder des § 2, IV, II 4, sondern auch die praktischen Schädigungen des § 4 A nach sich zieht. Der Besitzer Savigny's weiß gar nicht, welches Recht ihm zusteht: ob er auf den Titel eines faktischen Besitzes oder einer Detention absolutes Eigenthum (bei res derelictae, res nullius, res bello captae), oder relatives, oder gar kein Eigenthum, sondern das jus in re aliena des Pächters, Pfandgläubigers ꝛc. zuerkannt erhält! Der Kläger also schon in einem Besitzprozesse muß sich vor allem klar und besser bewußt sein, welches Recht er eigentlich erstreben will: ob Eigenthum oder jus in re der Detention; denn, wie soeben in Ziff. 5 erwähnt, die Bedingungen, Voraussetzungen und Folgen sind völlig andere; sonst verdient seine Klage in der Praxis Abweisung! Ueberdies würden durch diese bisherige Beschränkung des Besitzesschutzes auf den Besitz animo domini durch Savigny, wie wir in § 4 A ersehen werden, geradezu wohlerworbene Rechte zerstört. Dann kann ja jeder Strolch animo domini eine fremde unbewegliche Sache occupieren, ein Dieb eine unbewegliche Sache ungeniert stehlen, und dann ohne alles Recht über den noch so berechtigten Besitzer eines Lehengutes, einer Kirchenpfründe, eines unvertheilten Gemeindegrundes, eines unter suspensivem Eigenthumsvorbehalte erkauften Gutes, eines Pachtgutes, Depositums ꝛc. ꝛc. im Besitzprozesse und in einem späteren petitorium über die causa detentionis wenigstens obsiegen, so daß, wenn der rechtmäßige Eigenthümer seine bessere causa auch nur nicht beweisen kann, er Eigenthümer wird! Denn der Strolch und Dieb ist zufolge seines animus domini und Titels der possessio allein römischer possessor, die übrigen noch so rechtmäßigen Besitzer ohne animus domini nicht, und im Besitzprozesse wie im sonstigen Prozesse obsiegt ja nach Savigny nur der possessor animo »domini«, der germanische und heutige „Besitz" aber ist überhaupt als Besitz rechtlos! Klagt der Strolch und Dieb, so nützt nach Savigny die Einrede eines rechtlosen Besitzes ohne animus domini eines Gemeinderechtbesitzes ꝛc. nicht, es bedarf wenigstens gewaltiger Windungen, um diesem Besitze auf anderem Wege zum Recht zu verhelfen; und klagen solche rechtmäßige Besitzer, so bestreitet er zufolge der Lehre Savigny's, daß sie eine Klage haben, und setzt der Klage auch noch die Einrede und Widerklage entgegen, daß er allein animo domini possessor, und daß sie nicht auch Eigenthümer sind; denn auch das römische dominium wird seit Justinian nur mittels possessio, also nur mittels animus domini erworben, und Detentionsrechte sind als Besitz rechtlos. Der Strolch also obsiegt als possessor und Eigenthümer gegenüber dem rechtmäßigsten Besitzer, soweit dieser blos detentionsberechtigt ist, auf den Titel des Besitzes Savigny's.

Unsere Rechtsentwicklung wird daher auch legislativ dem ersten d. Civilgesetzentwurfe von 1888 zu hohem Danke verpflichtet sein, daß er endlich und zuerst unter den modernen Codifikationen unsere heutige Detention oder Inhabung in § 814 ff. von der römischen possessio (§ 797 ff.) wenigstens thatsächlich trennt und sogar, beispielsweise in den §§ 798, 799, 801 bereits Fälle hervorhebt, welche verschieden werden entschieden werden müssen, je nachdem eine Eigenthumsprätention eines römischen possessor oder dieses heutige jus in re aliena gewollt ist, eine fremde Sache ohne animus domini zu detinieren. Durch eine solche Gesetzesbestimmung ist wenigstens eine sinnlose wie schädliche Zusammenschachtelung dieser grundverschiedenen Institute unter die possessio animo domini und der Eintritt der Schädigungen des § 4 A, cf. § 9, 2 vorläufig vermeidbar und ein weiterer selbstständiger Ausbau beider Institute durch unsere Praxis und eine praktische Theorie ermöglicht. Möge die folgende Gesetzgebung dem wieder treu werden!

Gleiche Resultate einer besseren praktischen Schule sind aber für unser positives Recht und unsere Gesetzgebung überhaupt geboten! Wie in dieser einzelnen Besitzlehre, der „Musterlehre" der historischen Schule, darf auch wohl sonst bei Meidung einer unwahren Darstellung wie Schädigung unseres realen lebenden Rechts dieses Recht nicht, nach der Lehre einer historischen Schule, principiell und unbedingt mit dem Rechte einer „gesammten Vergangenheit" identificiert werden!

Digitized by Google

Es werden vielmehr auch da die drei möglichen Bilder: 1. die antike oder frühere Geschichte, 2. die Uebermalung der historischen Schule und 3. das heutige geschichtliche Leben des Rechts durch eine Restauration nach sonstiger Art der Praxis wie der Römer zu scheiden, und dies letztere lebende Recht allein als entscheidende Grundlage sowohl für das positive Dogma als für eine im Leben brauchbare Gesetzgebung zu erachten sein. — Sonst wird, so lange die Herrschaft einer solch' historischen Schule fortdauert, eine Spaltung unserer Praxis von dieser Doktrin fortdauern. — Das aber war unser Thema des § 2! —

## § 3. Zur Geschichte des praktischen Civilrechts, seiner Trennung von den wechselnden Doktrinen, seines sich bewegenden Lebens und seines Kampfes.

Vorbemerkungen: Krankheitserscheinungen und Heilmittel. — Die Geschichte der Entstehung eines „besonderen" praktischen neben besonderem doktrinären Rechte seit dem Mittelalter ist die Geschichte: mindestens zum Theil krankhafter, aprioristischer Lehren des Rechts, welche sich von den gegebenen, unwillkürlich geschichtlichen Bewegungen des Lebens des Rechts trennen: Diesen Bewegungen (§ 2) aber muß nichtsdestoweniger die Praxis der Gerichte folgen: Und so entsteht ein Kampf von Recht gegen Recht zwischen Theorie und Praxis! Die zwei aprioristischen Lehren, welche hier schädigend einwirkten, haben wir bisher bereits kennen gelernt: die Naturrechts- wie die historische Schule. Diese beiden Extreme waren die Ursachen wie ständigen Begleiter der Fluthungen, der Evolutionen und Reaktionen, kurz der Störungen der gemessenen geschichtlichen Selbstentwicklung des Lebens des Rechts in unserem Staats- wie Privatrecht. — Wir werden jetzt weiter sehen, wie die Kämpfe dieser Extreme sich im Rechte nach Außen äußerten: Kaum ein anderer Streit steht ja einem solchen Kampfe an Schärfe nach! Denn, abgesehen von dem Ringen vielleicht der Menschheit um die Frage: wem sich der wahre Gott ganz allein kündet, ist wohl keines trostloser, revolutionsreicher, als gerade das, doch nur durch eine einsichtsvolle „Erfahrung" zu lösende: um ein erfahrungswidriges, gar nicht gegebenes, aprioristisch sich selbst erfundenes Recht: — Der Rechtswahn seiner vermeintlich unfehlbaren Erfinder vermochte von jeher politische äußere Kriege und innere Revolutionen: im öffentlichen Rechte nicht minder zu entfachen, wie Prozesse im Privatrecht!

Die einzig correkte Vermittlung zwischen diesen beiden störenden Extremen ist: das lebende und praktisch zu erfassende Recht! Aber auch die Träger eben dieses, in diesem Kämpfen nothgedrungen und wahr vermittelnden Recht lohnt geschichtlich alsdann, werden wir weiter sehen, infolge der allseitigen Unkenntnis der Gesetze dieses Lebens des Rechts, regelmäßig nur ein wechselndes Geschick! Wir werden sehen, wie dies Recht bald zwar so manchen Dank für segenvolles Enthüllen verkannter lebender Rechtswahrheiten erntet. Bald aber lohnt umgekehrt gerade diesen Vermittler nur ein Fanatismus, der, in einem vereinten Interesse oder auch nur in ihrer Eitelkeit

Digitized by Google

verletzten aprioristischen Extreme und ein Märtyrthum! In den Augen solcher aprioristisch fest gewurzelter, induktiv unbelehrter Extreme erscheint alsdann umgekehrt der, in objektivster Weise die Erfahrungen des „unwillkürlich gegebenen" Lebens des Rechts Schildernde, nicht aber etwa dies ein oder das andere Extrem selbst, auch noch als der Ketzer des Rechts! Und merkwürdigerweise richtet sich dann auch der Kampf jedes neu auftauchenden aprioristischen Extremes fast regelmäßig nicht etwa blos gegen das andere Extrem allein; nein, nahezu stets mit gleich fanatischer Leidenschaft eben auch gegen die Praxis, welche das anspruchslose Opfer einer Vermittlung auf sich nimmt, nehmen muß, um richtend zwischen den aprioristischen Extremen die induktive Wirklichkeit zu schützen und zu urtheilen! Dieser Abstand aber beispielsweise unserer aprioristischen Extreme, namentlich unserer historischen, antiquarischen Doktrin, vom alltäglichen praktischen Leben des Rechts war bei dem Eintritte des Verf. in die Praxis nicht selten noch so groß, daß so mancher Jurist mit dem Verf. sich vornahm, für sich zuvor jeden Rechtsfall versuchsweise nach dem in ihm lebenden Rechtsbewußtsein zu entscheiden, um nicht ganz nebenhin zu kommen; dann erst wurde versucht, wenn kein rettendes Präjudiz vorlag, am starren römischen und vergangenen Rechte so lange herumzusuchen, bis der Fall auch streng unter den Gedanken der römischen ꝛc. Formel paßt. — Wie aber dieser Kampf in der Brust des Einzelnen, so wogte er auch in den Geistern der Gesammtheit! Und dieser Kampf wird solange währen, bis wir die, unwillkürlich gegebenen, zwingenden Gründe wie Gesetze dieses sich gemessen bewegenden Lebens des Rechts selbst endlich befriedigender finden und dadurch im Stand sein werden, die Gemüther der kämpfenden Extreme mehr und mehr wahr aufzuklären und durch Einsicht zu versöhnen. — Wenn wir so aber ebendeshalb das Bedürfnis nach einer Versöhnung und Heilung unserer extremen, eine Zeit lang vielleicht gefeierten deduktiven Krankheitserscheinungen durch induktive Einsicht an uns herantreten sehen, so wird diese Heilung nicht nur eine Diagnose, sondern diese wieder wird eine vorherige, eine Beurtheilung zulassende, rückhaltslose *Krankengeschichte* — der Krankheiten, welche unsere aprioristischen Extreme bereiteten — erfordern. Eine solche Krankengeschichte also des Rechts wird jetzt die vorliegende geschichtliche Skizze der Entstehung eines besonderen praktischen Rechts oder einer Spaltung von Theorie und Praxis zu bieten versuchen müssen! Diese *sachlichen* Auswüchse sind es, welche wir jetzt in dieser Geschichte fester und unverwandt, unbeirrt von irgendwelcher Person ins Auge fassen und zu deren Beseitigung wir einen Weg werden suchen müssen! — Zu deren Beseitigung aber wird es einen zweifachen Weg geben. — Einmal gewissermaßen einen *chirurgischen*: Wir werden den Auswuchs rückhaltlos aufdecken, bloßlegen und möglicherweise schmerzhaft berühren müssen: solange, bis wir deren polypenartige Verzweigungen bis in die letzten Wurzeln und Keime kennen gelernt haben werden. Und dann noch werden wir vielleicht auch

Digitized by Google

selbst nicht vor dem bekannten heilenden „Messer" des Arztes, nach Thibaut zurückschrecken dürfen: wenn wir anders überhaupt diese Auswüchse sicher beseitigen wollen! — — Denn, würden wir solche trostlose Uebel gleichfalls, wie bisher geschehen, verdecken und vertuschen, so würden wir wohl nur das Uebel verewigen und im vorneherein auf Heilung verzichten: Je schärfer ebendeshalb alsdann das bekannte operierende „Messer des Arztes", desto leichter und rascher die Heilung: Es handelt sich hiebei nicht um die Verletzung einer Pietät gegen die Messer, welche auch wir hochachten, sondern um die Förderung der Sache unseres nationalen Rechts: und diese steht höher, als jede Person. Auch dessen Anwendung somit ist eine sachliche Pflicht! — —

Gäbe es freilich hie und da doch auch hier nicht ein anderes, milderes Mittel, als dies tiefer schneidende Messer eines Chirurgen? Ein pathologisches etwa, welches aber dennoch geeignet wäre, neben dem Heilen des Mechanismus zugleich dem geistigen Verständnisse dieses Rechtes Vorschub zu leisten, dem Rechtskörper gewissermaßen eine bessere, freudigere Seele einzuhauchen, dieses vom Ersterben zum vollen Wiedererwachen des Lebens des Rechtes unvermerkt zurückzuführen und so endlich das schon in § 1 Ziff. 2 erwähnte Toben unfehlbarer Gegner zu beschwichtigen! — Gäbe es ein solches, dann allerdings dürften wir auch wohl dies Mittel gewiß kaum unversucht lassen! — Wie aber? Könnte uns nicht vielleicht dennoch manchmal in dem vertraulicheren Plauderstübchen unserer Causerie jetzt noch ein solch milderes Recept zu gleichem Ziele führen? Wäre nicht in der That eben selbst auch einem Fanatismus des Rechts gegenüber hie und da ein solches Heilmittel wieder: ein harmloser und dabei völlig unerschütterlicher Humor? Scherz neben Ernst hat ja auch den Richterstuhl der Geschichte unseres lebenden Rechts bestiegen! Ihering, Bekker ist vorangegangen. Würde nicht vielleicht gerade er, in einem, mit Salzen durchlauchten Sturz-, Tusch- oder sonstigem langsamer wirkenden Bade an unserem organischen Rechtskörper so manche eiternde Pusteln und Auswüchse von jeher, wie spielend und unvermerkt wegätzen — und damit heilen — können? — Dies Mittel aber: würde es der geneigte Leser dem plaudernden Verfasser auch hier gestatten, sowie durch seine freundliche Nachsicht unterstützen? Und wenn: Ob uns auch je ein Gott mit seinem Humore begnadigt? —

Nachdem wir somit in § 1 und 2 bereits die inneren, materiellen Ursachen unserer Krankheitserscheinungen: unserer extremen aprioristischen Forschungen nach neuem und altem Rechte im Allgemeinen zur Genüge kennen gelernt haben, werden wir jetzt in § 3—4 unter Ernst und Scherz deren äußere Krankengeschichte im Allgemeinen verfolgen müssen. Erst nach (Ueberschlagung?) dieser werden wir alsdann von § 5 ff. beginnend in einem speciellen Theile an concrete innere Heilungsversuche denken können!

I. Allgemeine Geschichte der Entstehung eines besonderen lebenden und praktischen Rechts: infolge einer Trennung einer

Digitized by Google

Doktrin von letzterem. — Das älteste Recht (wie schon zu § 1, Ziff. 4 I α und β erwähnt) ist: ein ausschließlich praktisches Recht ohne jede Trennung von Wissen und Leben! Es ist älter als jede Doktrin: älter als das doktrinäre, historische und das Naturrecht! Einfach: weil eine Gelehrsamkeit und eigentliche Rechtswissenschaft, welche das Recht von seinem unwillkürlich gegebenen Leben auch nur hätte spalten „können", uranfänglich in der Kindheit der Völker überhaupt noch nirgends besteht. Denn eine solche erstand bekanntlich überhaupt erst in einer Vollendung im klassischen Rom! Der Grundzug allen Rechts war daher von Anfang an unwillkürliches Gegebensein: als Leben und Praxis; demzufolge auch: als Bewegung und friedliche oder kampfesreiche Selbstentwicklung ohne Bewußtsein der Gründe. Wie in § 2 II a gezeigt, bewegt und ändert sich das Recht so unbewußt bald mit den thatsächlichen Verhältnissen, bald mit der fortschreitenden geistigen Ueberzeugung, welche Rechtsideen gewähren, bald endlich mit dem technischen Begreifen: Eine andere Zeit und ein anderer Ort: ein, wenigstens theilweise, anderes Recht! Jedes Nichterkennen aber dieser geschichtlichen Bewegung bringt Störung, bringt Kampf; selbst eine unbedingte, spätere Reception eines dereinst noch so vollendeten Rechts aus wesentlich anderer Zeit und anderem Orte, wie selbst des, doch dereinst, zur Zeit seiner Entstehung und seines Lebens noch so lebensvollen, klassischen römischen Rechts in seiner Reinheit, ist ein Ding absoluter Unmöglichkeit: Jede solche unbedingte Reception ist wenigstens ein theilweiser, materieller und formaler Abfall eines aprioristischen Ketzerthums von einem induktiv wahren geschichtlichen, lebenden Rechte! Nicht der, durch dies unwillkürlich wirklich Gegebene oder Positive gebundene und ihm gehorchende Praktiker ist dann der Ketzer, sondern der magister der Glosse, die spätere Naturrechts- und historische Schule: der sich von dem geschichtlich gegebenen Leben trennende aprioristische Doktrinär: Dann eben erst aber entsteht ein besonderes reales praktisches Recht gegenüber einem unrealen, doktrinären! — Die Erkenntnisquelle dieses ältesten, angewendeten Rechts war demzufolge, solange eine Schrift noch nicht besteht, die Erfahrung allein: Patriarchen, Weltweise, juris-periti, prudhommes, geben ursprünglich in den ältesten Volksgerichten, in Volksversammlungen ꝛc., noch in Rom selbst wie in den germanischen Weisthümern und Schöffengerichten, den Ton an; auch die Gerichte setzen sich ursprünglich zumeist nur zusammen aus den „erfahrenen" ältesten Heerführern ꝛc. Denn dies Recht, welches sie anwenden, ist ein „mit ihnen geborenes" und sich friedlich oder kämpfend von selbst entwickelndes; es entwickelt sich unwillkürlich erfahrungsgemäß mit ihrer Existenz!

Im classischen Rom nun erstand, wie gesagt, alsdann zuerst eine eigentliche Rechtswissenschaft; aber bis in die späteste Zeit noch nicht und niemals: ein besonderes getrenntes „praktisches und doktrinäres" Recht! Denn auch noch die classischen römischen Juristen waren zumeist selbst Praktiker, ihre Pandekten-Fragmente waren



Digitized by Google

selbst nicht vor dem bekannten heilenden „Messer" des Arztes, nach Thibaut zurückschrecken dürfen: wenn wir anders überhaupt diese Auswüchse sicher beseitigen wollen! — — Denn, würden wir solche trostlose Uebel gleichfalls, wie bisher geschehen, verdecken und vertuschen, so würden wir wohl nur das Uebel verewigen und im vorneherein auf Heilung verzichten: Je schärfer ebendeshalb alsdann das bekannte operierende „Messer des Arztes", desto leichter und rascher die Heilung: Es handelt sich hiebei nicht um die Verletzung einer Pietät gegen die Meister, welche auch wir hochachten, sondern um die Förderung der Sache unseres nationalen Rechts; und diese steht höher, als jede Person. Auch dessen Anwendung somit ist eine sachliche Pflicht! — —

Gäbe es freilich hie und da doch auch hier nicht ein anderes, milderes Mittel, als dies tiefer schneidende Messer eines Chirurgen? Ein pathologisches etwa, welches aber dennoch geeignet wäre, neben dem Heilen des Mechanismus zugleich dem geistigen Verständnisse dieses Rechtes Vorschub zu leisten, dem Rechtskörper gewissermaßen eine bessere, freudigere Seele einzuhauchen, dieses vom Ersterben zum vollen Wiedererwachen des Lebens des Rechtes unvermerkt zurückzuführen und so endlich das schon in § 1 Ziff. 2 erwähnte Toben unfehlbarer Gegner zu beschwichtigen! — Gäbe es ein solches, dann allerdings dürften wir auch wohl dies Mittel gewiß kaum unversucht lassen! — Wie aber? Könnte uns nicht vielleicht dennoch manchmal in dem vertraulicheren Plauderstübchen unserer Causerie jetzt noch ein solch milderes Recept zu gleichem Ziele führen? Wäre nicht in der That eben selbst auch einem Fanatismus des Rechts gegenüber hie und da ein solches Heilmittel wieder: ein harmloser und dabei völlig unerschütterlicher Humor? Scherz neben Ernst hat ja auch den Richterstuhl der Geschichte unseres lebenden Rechts bestiegen! Ihering, Bekker ist vorangegangen. Würde nicht vielleicht gerade er, in einem, mit Salzen durchlauchten Sturz-, Tusch- oder sonstigem langsamer wirkenden Bade an unserem organischen Rechtskörper so manche eiternde Pusteln und Auswüchse von jeher, wie spielend und unvermerkt wegätzen — und damit heilen — können? — Dies Mittel aber: würde es der geneigte Leser dem plaudernden Verfasser auch hier gestatten, sowie durch seine freundliche Nachsicht unterstützen? Und wenn: Ob uns auch je ein Gott mit seinem Humore begnadigt? —

Nachdem wir somit in § 1 und 2 bereits die inneren, materiellen Ursachen unserer Krankheitserscheinungen: unserer extremen aprioristischen Forschungen nach neuem und altem Rechte im Allgemeinen zur Genüge kennen gelernt haben, werden wir jetzt in § 3—4 unter Ernst und Scherz deren äußere Krankengeschichte im Allgemeinen verfolgen müssen. Erst nach (Ueberschlagung?) dieser werden wir alsdann von § 5 ff. beginnend in einem speciellen Theile an concrete innere Heilungsversuche denken können!

I. Allgemeine Geschichte der Entstehung eines besonderen lebenden und praktischen Rechts: infolge einer Trennung einer

Digitized by Google

Doktrin von letzterem. — Das älteste Recht (wie schon zu § 1, Ziff. 4 I α und β erwähnt) ist: ein ausschließlich praktisches Recht ohne jede Trennung von Wissen und Leben! Es ist älter als jede Doktrin: älter als das doktrinäre, historische und das Naturrecht! Einfach: weil eine Gelehrsamkeit und eigentliche Rechtswissenschaft, welche das Recht von seinem unwillkürlich gegebenen Leben auch nur hätte spalten „können", uranfänglich in der Kindheit der Völker überhaupt noch nirgends besteht. Denn eine solche erstand bekanntlich überhaupt erst in einer Vollendung im klassischen Rom! Der Grundzug allen Rechts war daher von Anfang an unwillkürliches Gegebensein: als Leben und Praxis; demzufolge auch: als Bewegung und friedliche oder kampfesreiche Selbstentwicklung ohne Bewußtsein der Gründe. Wie in § 2 II a gezeigt, bewegt und ändert sich das Recht so unbewußt bald mit den thatsächlichen Verhältnissen, bald mit der fortschreitenden geistigen Ueberzeugung, welche Rechtsideen gewähren, bald endlich mit dem technischen Begreifen: Eine andere Zeit und ein anderer Ort: ein, wenigstens theilweise, anderes Recht! Jedes Nichterkennen aber dieser geschichtlichen Bewegung bringt Störung, bringt Kampf; selbst eine unbedingte, spätere Reception eines dereinst noch so vollendeten Rechts aus wesentlich anderer Zeit und anderem Orte, wie selbst des, doch dereinst, zur Zeit seiner Entstehung und seines Lebens noch so lebensvollen, klassischen römischen Rechts in seiner Reinheit, ist ein Ding absoluter Unmöglichkeit: Jede solche unbedingte Reception ist wenigstens ein theilweiser, materieller und formaler Abfall eines aprioristischen Ketzerthums von einem induktiv wahren geschichtlichen, lebenden Rechte! Nicht der, durch dies unwillkürlich wirklich Gegebene oder Positive gebundene und ihm gehorchende Praktiker ist dann der Ketzer, sondern der magister der Glosse, die spätere Naturrechts- und historische Schule: der sich von dem geschichtlich gegebenen Leben trennende aprioristische Doktrinär: Dann eben erst aber entsteht ein besonderes reales praktisches Recht gegenüber einem unrealen, doktrinären! — Die Erkenntnisquelle dieses ältesten, angewendeten Rechts war demzufolge, solange eine Schrift noch nicht besteht, die Erfahrung allein: Patriarchen, Weltweise, juris-periti, prudhommes, geben ursprünglich in den ältesten Volksgerichten, in Volksversammlungen ꝛc., noch in Rom selbst wie in den germanischen Weisthümern und Schöffengerichten, den Ton an; auch die Gerichte setzen sich ursprünglich zumeist nur zusammen aus den „erfahrenen" ältesten Heerführern ꝛc. Denn dies Recht, welches sie anwenden, ist ein „mit ihnen geborenes" und sich friedlich oder kämpfend von selbst entwickelndes; es entwickelt sich unwillkürlich erfahrungsgemäß mit ihrer Existenz!

Im classischen Rom nun erstand, wie gesagt, alsdann zuerst eine eigentliche Rechtswissenschaft; aber bis in die späteste Zeit noch nicht und niemals: ein besonderes getrenntes „praktisches und doktrinäres" Recht! Denn auch noch die classischen römischen Juristen waren zumeist selbst Praktiker, ihre Pandekten-Fragmente waren



Digitized by Google

zugleich die praktischen Präjudizien (vgl. Einleitung 1 wie unten § 3 Ziff. II A 2) und die ganze damalige Classicität des römischen Rechts bestand eben darin, daß seine Juristen in technisch vollendeter Form ihr Recht mittels Beachtung der lebenden Rechtsquellen und mit der Praxis unmittelbar aus dem jeweilig gegebenen Leben selbst zu spiegeln verstanden, aus denselben Rechtsquellen, aus welchen unbewußt und in größerer oder geringerer Vollendung von jeher die Praxis das Recht zu copieren gezwungen ist.

Erst im unbeholfenem Mittelalter, seit dem 12. Jahrhundert, begann die erste „Invasion der Doktrinäre" in das reale Recht. Glänzend und vortheilhaft, soweit sie wahres, gefährdend, soweit sie falsches Recht bieten konnte! Damals setzte eine, der römischen Jurisprudenz nicht ebenbürtige Doktrin des Magisters der Glosse unbewußt, nach Art unserer allerdings, — wenigstens aprioristisch-principiell bewußten, — späteren deutschen historischen Schule, ein Recht der „Vergangenheit", ein classisches, früheres, praktisches Recht, in der Meinung, daß es unbedingt fortlebe, neben das lebende, praktische! Auch da noch, wo und obgleich doch eine Praxis selbst dies classische römische Recht recipiert hatte, soweit es lebte! Der Magister damals allein war damit nicht zufrieden. Er lehrte es: in complexu, d. h. nicht blos das Recht, welches noch lebt, sondern „alles" Recht unausgeschieden mit seinen, theilweise noch lebenden, theilweise aber bereits erstarrten, todten Gebilden! Geblendet und bewältigt von dem Glanze der formalen Vorzüge dieses dereinst classisch lebenden Rechts schloß die Glosse, wie (zu § 1 Ziff. 4 I β) bemerkt, mit unserer historischen Schule a priori fälschlich, daß das Recht, welches „vergangen", in vollendeter Form aber früher so lebensvoll gelebt, auch jetzt unbedingt leben und gelten müsse. So bestach damals die vollendete Form allein schon. Der magister will hie und da vor dem Hörenden formal glänzen. Nur die Praxis brauchte ja für das Leben reine, reale materielle Wahrheit! So geblendet sah aber diese Doktrin alsbald nicht ihre eigene thatsächlich lebende Geschichte mehr, nicht mehr ihre eigenen lebenden zwingenden Ueberzeugungen, und vermochte sie sich nicht mehr zu einem eigenen, zu dem weit schwierigeren technischen Begreifen des, im Leben gegebenen Systems emporzuschwingen! Sie subsumierte unter Antikes und fiel so von ihrem eigenen gegebenen Leben ab; sie docierte mehr oder weniger „reines" dereinst classisches, jetzt zum Theil todtes Recht! Zwar glossierte diese italienische Glosse selbst, wie bekannt, seit dem 12. Jahrhundert schon einzelne veraltete römische Fragmente nicht mehr. Unbewußt gehorchte auch sie so dem Leben des Rechts einigermaßen. Noch weit mehr unanwendbare, abgestorbene Rechtsstoffe aber mußte dessen ungeachtet fortwährend die, auf das sich bewegende Leben und eine wirkliche Anwendung angewiesene mittelalterliche Praxis bereits wahrnehmen: Diese schon mußte für, zum Theil völlig andere, neue, in Rom noch nicht dagewesene Verhältnisse Regeln feststellen, wie für das beseitigte alte Recht die

Digitized by Google

Lücken ausfüllen und so auch manches neues Recht: selbst geschichtliche „Neubildungen" anwenden! — —

So mußte also durch das aprioristische Eingreifen einer Doktrin der Glosse das erste, nachweisbar von einem doktrinären, sich spaltende oder „besondere" praktische Recht entstehen! Einen geschichtlichen Beweis nun, daß mit jener doktrinären Glosse eines Rechts einer Vergangenheit in der That schon ein solches „besonderes" praktisches Recht erstand, bietet uns bekanntlich bereits Savigny's eigene Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter (Bd. V, cap. 45). Sie lehrt uns: Kaum noch hatte die Glosse mit Accursius ihre Wiederbelebungsversuche des antiken römischen Rechtes abgeschlossen, selbst schon in der wenig kritischen Zeit des 13. Jahrhunderts, sonderte sich und zwar auch selbst in einer Litteratur schon, (umsomehr also in einer Praxis längst zuvor,) von der Lehre des verhältnismäßig reinen römischen Rechtes der Glosse eine „praktische" Richtung ab: Es mußte dies wohl eine, mit den wirklichen Bedürfnissen des Lebens vertrautere Wissenschaft gewesen sein. Denn Savigny selbst bestätigt uns wenigstens a. a. O., daß die praktischen Schriften von damals bereits besser waren, als die theoretischen. — Dies war die erste Spaltung einer Theorie und Praxis! —

Auch die Theorie der folgenden Periode sodann: die Postglossatoren und sogenannte scribentes seit dem 14. Jahrhunderte, die Zeit eines Bartolus und Baldus, kehrte aber mit der Praxis nimmermehr sofort zu den reinen Quellen des antiken und vergangenen, jetzt zum Theil abgelebten, classischen römischen Rechtes zurück, wie dereinst die Glosse! Gerade umgekehrt begann ja bekanntlich eben jene Zeit: „die Glosse zu glossieren"! Was heißt dies? Unsere historische Schule bis einschlüssig Windscheid ward dies unverständlich! Darin aber zeigte sich ein erster Gegensatz einer, wenn auch unbeholfenen praktischen zu einer historischen Schule auch innerhalb einer Doktrin: das corpus juris nämlich zeigte das „vergangene", die Glosse das sich bewegende „lebende" Recht. Consequent mußte also eine, nicht antiquarische, spätere Jurisprudenz, wenn sie überhaupt glossieren, noch nicht das „System" erfassen wollte oder konnte, nicht mehr das vergangene Recht des corpus juris, sondern nur wieder das lebende Recht dieser „Glosse glossieren"! Sie glossierte damit eben die Bewegung und Entwicklung des Lebens des Rechts, welche sich in die spätere Glosse geflüchtet: das adjuvare, supplere, corrigere, des historisch vergangenen Rechtes schon durch die frühere Glosse. So lag aber schon in Italien der, wenn auch formal schlechtere, noch unbeholfenere und auch materiell noch mangelhafte Anfang einer wiederkehrenden materiell besseren Zeit vor: einer praktischen Schule oder einer „praktischen Doktrin" neben und einheitlich mit einer Praxis; eine Zeit, in welcher Theorie und Praxis vereint bereits versuchte, die bessere classische Methode des römischen Rechtes und sein Leben, statt der Pflege des theilweisen todten Buchstabens, wieder zu erwecken: Der



Digitized by Google

Reinheit des Buchstabens und des Leblosen trat schon da die „Reinheit eines gegebenen und positiven Lebens“ des Rechts gegenüber; ähnlich wie ja jede wahre vollendete Jurisprudenz nur den lebenden Geist des römischen Rechts anstatt des Buchstabens desselben erfassen muß: denn die Römer selbst sind ja darin unsere Vorbilder: in dem Erfassen des, in den positiven Rechtsquellen ewig mit dem Körper der Geschichte sich vereinigenden und sich bewegenden Geistes des Lebens des Rechtes; auch sie schon erfaßten diesen Geist nicht durch ein Stehenbleiben bei dem Rechte einer „gesammten Vergangenheit“ im Sinne der Glosse und unserer historischen Rechtsschule, sondern in demselben fortwährenden adjuvare, supplere und corrigere des überlieferten, vergangenen Rechtes einer historischen Schule, welches jede Praxis zeigt! Eine solche Lehre also, welche sich in noch unvollendeter Form, das historische römische Recht gleichfalls schon materiell corrigierend, ausbildete, und mittels deren sie den Geist der Römer vorerst wenigstens mangelhaft copiert, war der mos Italicus: eine italienische, von einer Theorie erfaßte Praxis! — Ein radicaler Versuch einer Wiederanwendung dagegen einer reinen sogenannten antiken Quelle, in Wirklichkeit eines zum Theil erstorbenen klassischen Buchstabens, konnte ja überhaupt erst später wieder möglich werden: erst als die deutschen Universitäten sich principiell von jedem sachlichen Contakte mit dem Leben und der Praxis und später auch noch von aller persönlicher Rechtsprechung fernehielten, so daß ihrem unpraktischen Rechtswissen selbst die früheren Spruchcollegien abgenommen werden mußten! Das also war erst dem letzten Jahrhundert vorbehalten, in welchem sich unter den Fittigen einer „historisch romantischen“ Schule Deutschlands ein besonderer Berufsstand „gelehrter“ Juristen herausbildete, dessen Wiege fast schon auf einem Katheder stand. Er kannte so nicht nur das Leben und die Praxis des Rechtes nicht oder doch nur unvollkommen, sondern er war es, welcher es von seinen romantischen Kathederhimmeln herab auch noch doktrinär verachtete und fanatisch verfolgte: das war die Zeit, seit welcher ein Hugo den exorbitanten Satz der historischen Schule verkündete! daß Abhandlungen eines, doch positiv lebenden „Rechtes“ umsomehr wissenschaftlichen Werth haben, je weniger sie praktischen, i. e. positiv lebenden haben: So blind gegen Leben und Wirklichkeit in romantische Utopien eingetaucht aber blieb weder die spätere italienische Jurisprudenz des Mittelalters noch unbedingt die ganze folgende Zeit bis zu dieser Schule.

Denn als im 16. Jahrhundert dasselbe antike römische Recht mit Beihilfe der Praxis behufs einer unmittelbaren Anwendung als gemeines Recht auch in Deutschland recipiert wurde: Was sehen wir auch hier? Sehen wir da wieder jene erträumte unmittelbare Anwendung eines reinen vergangenen, vermeintlich höheren klassischen römischen Rechts? Im Gegentheile! Welche heutzutage überraschende Erscheinung! Die „Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft“ (1880 bes. S. 125, 132 ff.) des Historikers R. Stintzing selbst belehrt

Digitized by Google

uns da: Der auf anderen Gebieten, z. B. innerhalb einer Philologie ꝛc. so berechtigte Humanismus begann damals sonst allerorts frischen Boden zu gewinnen. Im deutschen Rechte speziell nicht; und zwar damals noch selbst auch gerade an unseren „deutschen Universitäten"! vermochte er anfänglich nirgends vollen Eingang zu finden! Damals also waren — merkwürdigerweise geradezu umgekehrt — die deutschen „Universitäten" schon einmal der Hort: nicht einer reinen Theorie des zum Theil abgelebten classischen römischen und rein antiken Rechts, sondern gerade umgekehrt eines Lebens des Rechts einer, wenn auch italienischen „Praxis": eben des erwähnten mos Italicus! Diese Universitäten nämlich verpflichteten damals sogar ihre Lehrer, — plublice, in ihren lecturae und abgesehen von ihren Privatvorlesungen im Hause, den collegia (aus welchen bekanntlich der heutige Name der „Collegien" entstand, welche später überwucherten) — nur diese „Praxis" des mos Italicus der Bartolisten zu lehren!! Auch diese deutschen Universitäten glossierten ebendeshalb und stellten solange wieder nicht die „reinen" antiken Quellen dar, sondern wieder nur die Praxis eines italienischen „Lebens". Und neben diesen italienischen mos pflegten selbstverständlich unsere deutschen Praktiker wieder für sich ihre eigenen heimischen deutschen Lebenserscheinungen besonders; soweit nämlich auch deren Rechtsgewohnheiten nicht mit den fremden Italiens völlig gemeinsame waren. — — War aber nicht auch all' dies korrekt und selbstverständlich? Wohl allerdings! Denn auch einem sonst noch so verdienstvollen Humanismus konnten ja hier doch nur dieselben unerreichbaren Ideale (§ 3 II A 1) vor Augen schweben, wie einem späteren Savigny: das classische römische Recht in seiner Reinheit mit seinen vielfältigen Antiquitäten von neuem beleben, den Buchstaben, den todten Körper des römischen Rechts galvanisieren zu wollen, nicht dessen Geist und Methode wieder zu erwecken. Das geltende Recht aber ist eine praktische Wissenschaft; es dient einzig den Bedürfnissen und Gesetzen des sich fortwährend bewegenden und heutigen, zufolge der allein positiven Rechtsquellen verändert gegebenen Lebens. Diesem Rechtsleben nun aber kann ein Recht niemals voll und rein gerecht werden, wenn es nur in vollendet philologischer Reinheit dem dereinstigen Leben, dem Gedanken der theilweise andern, antiken Verhältnissen Beachtung schenkt, das veränderte positive heutige Leben selbst aber unter das, von diesen verschiedene antike zu vergewaltigen sucht! Erst, wenn vor allem diesen ersten realen Erfordernissen des eigenen positiven Lebens unseres Rechts, den eigenen Verhältnissen der Gegenwart empirisch Rechnung getragen ist: nur dann kann und soll ja ein Rechtswissen gewiß immerhin mit den Humanisten zugleich historisch die Grundlagen und Ideale eines dereinst classischen römischen Rechtes auf dem Boden selbst antiquarischer „Rechtsgeschichte" in ihrer Reinheit neben den heutig positiven Wirklichkeiten bewundern! und so wieder das Lebende unterstützen, denn, eine vollendete vergangene Geschichte verbleibt ewig die beste Lehrmeisterin des Werdenden und: scheidet das

Digitized by Google

Todte von Lebenden! Nimmermehr aber darf ein Wissen bloße Antiquitäten als solche zu Wirklichkeiten stempeln, nimmermehr mit ihnen das heutige Leben des Rechtes ertödten wollen: Der Humanismus aber verstand noch mit seinem klassischen Körper nicht: das unmittelbare Erfassen des jeweiligen Lebens des Rechtes aus dessen unwillkürlich gegebenen lebenden Quellen im klassischen Geiste und mit lebendem Körper, wie die Römer selbst!

Veränderte Erscheinungen nichtsdestoweniger aber zeigt dann alsbald eine andere tonangebende Entwicklung unserer Doktrin seit Cujazius: Auf Seite einer Doktrin später trotzdem eine fortwährende humanistische Verfolgung mehr oder weniger reiner, dereinst klassischer, für das Leben der Gegenwart aber zum Theil unmöglicher, abgestorbener römischer Produkte durch hochgefeierte doktrinäre, an Technik und Form der jeweiligen Praxis weitaus überlegene Schulen, welche es aber ebensowenig verstanden, oder auch nur versuchten, nach Art der Römer auch das eigene jeweilig lebende Recht in formal gleich vollendete Formeln zu erfassen: Formvollendung ohne materielle Wahrheit! Diesen steht nun aber eine, ihrer ewigen Grundgesetze noch unbewußte Praxis und praktische Rüstung fortwährend gegenüber, welche umgekehrt das lebende Recht der Gegenwart materiell lebenswahrer darzustellen suchen mußte, ohne diese faktischen Erscheinungen doch noch mit einer gleich vollendeten, formalen Technik erfassen zu können, wie etwa eben der Romanismus einer *französischen* Schule eines Cujas und Donelles im 16., einer *holländischen* Rechtsschule seit dem 17. Jahrhunderte. — Gleichzeitig endlich tauchen jetzt seit dem 16. Jahrhunderte in Deutschland vollends auch noch die völlig neuen, extremen, zur Hälfte *aprioristisch-deduktiven Rechtsschulen* auf, welche jetzt bewußt dem empirisch gegebenen Leben a priori entgegentraten: Zuerst Naturrechtsschulen, dann am Ende des 18. Jahrhunderts die doktrinäre bewußte *historische* Schule eines Rechts der gesammten Vergangenheit, welche zu den Resultaten der Glosse zurückkehrte. In diesen Gelehrtenschulen organisierten sich im Grunde erst die Gegensätze gegen das Leben und die Praxis zu einer wissenschaftbewußten Partei oder eine „Schule". In den Naturrechtsschulen noch weniger schroff, in der historischen Schule aber gewaltthätig bis zu romantischem Fanatismus. — Aeußerlich nämlich schien, wie schon im § 1, 5 l bemerkt, unter der Herrschaft einer extremen *Naturrechtsschule* noch wenigstens die frühere Kluft zwischen Theorie und Praxis sogar bei oberflächlicher Betrachtung zurücktreten zu wollen. Denn diese Naturrechtsschule selbst zog auch das praktische Recht vielfach in den Kreis ihrer Betrachtungen, weil ja auch ihr die, von unserer Praxis beachteten geschichtlich lebenden Neubildungen für unsere heutigen Verhältnisse „vernünftiger" erscheinen mußten, als manche Antiquitäten des antiken römischen Rechts. So traf die Naturrechtsschule wenigstens häufiger und zufällig noch mit der Praxis zusammen, wie scheinbar noch heute der Satz einer

Digitized by Google

Philosophie Hegels will: was wirklich, das ist vernünftig! (§ 1 Ziff. 5 I). Und nur dem schärferen Beobachter konnte der Unterschied zwischen ihrem „Naturrechte" und der zum Theil „geschichtlichen" Praxis keineswegs entgehen. Denn diese sah sich in Wirklichkeit doch regelmäßig nur subsidiär, in Ermangelung einer Geschichte, nicht wie die Naturrechtsschule primär entgegen einer Geschichte auf ein Naturrecht angewiesen! — Die alte Kluft zwischen Theorie und Praxis aber schloß sich nur von neuem und in verstärkterem Maße auf, als die formvollendete historische Schule Hugo's und Savigny's wieder in feierlichem Ernste das, zwar vielfach berechtigte, zum Theil aber gleichfalls extreme Evangelium der gegebenen Geschichte, nämlich die Geschichte einer im corpus juris ꝛc. thatsächlich vorliegenden „Vergangenheit" nun auch theoretisch als heutiges Recht verkündete. Auch diese zwar rügte mit vollem Grunde vor allem das Ueberwuchern des entgegengesetzten Extrems des Naturrechts über das, ihm gebührende Gebiet hinaus; sie zeigte die Nothwendigkeit einer Geschichte und ebenso die formellen Mängel einer bisherigen „geschichtlichen" Erfassung. Dann den äußeren Mängel einer Philologie, einer Form einer juristischen Technik in der Praxis des früheren usus modernus pandectarum, sowie in dem, von keiner ausreichenden Wissenschaft und ihrem System unterstützten praktischen Präjudize der späteren Zeit. Nur leider aber schüttete diese historische Schule so in Wirklichkeit mit dem, ohnehin etwas trüben Bade unserer damaligen Praxis materiell auch das lebende noch nicht mündige Kind unseres geschichtlichen heutigen Rechts aus, die materiell allein gegebene und berechtigte „lebende Geschichte"! Sie verwechselte alle Praxis mit einem Naturrecht! — — Die Folge war, daß sich auch gegen beide, gegen dieses letztere doktrinäre Extrem nur wieder verstärkt die alte und ewig neue Reaction unseres von selbst nach Existenz ringenden unwillkürlich gegebenen Rechtslebens innerhalb unserer Praxis: — die unwillkürlich gegebene Wirklichkeit — mehr und mehr erheben und reagieren mußte! — —

Der Charakterzug dieser Reaktion aber gegen diese überlieferte und zum Theil fremde Geschichte wie gegen diese extremen Doktrinen war eben auch hier, wie von jeher, ein und derselbe. Diese praktische Reaktion seit dem Mittelalter erscheint anfänglich nur schüchtern, schwerfällig routinenhaft, noch weniger mit Gründen gestützt. Ihr Scheidegrund war: Das ist Praxis! Bei ihr waren technische Unvollkommenheiten nie zu vermeiden! Einem classischen, technisch hochvollendeten abgeschlossenen römischen Rechte, dem gefeierten, wissenschaftlich geschlossenen Programme und Systemen eines Cujas ꝛc. und Savigny gegenüber war die neue Geschichte unserer — in einer, sie selbst zumeist vollauf in Anspruch nehmenden Geschäftslast nahezu untergehenden — Praxis keineswegs theoretisch sofort gewachsen! Sie war zur Widerlegung falscher, rein doktrinärer Consequenzen auch keineswegs stets mit Hilfsmitteln, mit juristischem Vermögen, mit Zeit und Lust ausgestattet. Dazu würde ein opferbereiter Praktiker gehört

Digitized by Google

haben, welcher das Opfer bringen müßte, auf seinen ausübenden Beruf zu verzichten! Es ist dies auch aus anderen Gründen natürlich! Ein geistig scharfsichtiges Erfassen und technisches Herausbilden völlig neuer Rechtsbegriffe, Institute und Prinzipien aus dem noch nie zuvor definierten Leben heraus wird immer weit schwieriger erscheinen müssen, als das doktrinäre, bequeme, suffisante und jedes einsichtige Erforschen des gewordenen Lebens, gegenüber dem vergangenen, sogar blasiert verachtende und doch angeblich classisch hochtrabende Wiederkauen der, durch Jahrtausende hindurch bereits bearbeiteten und wieder und wieder geprüften Begriffe und Antiquitäten eines classischen römischen Rechts! Classisch schien ja da schon ein bloßes Wiederkauen! Ihm applaudierte auch die verständnislose Masse wie einem brillanten Feuerwerke, welches zwecklos vorübergeht! Doch vermögen ja solche Unvollkommenheiten der Form eines ersten technischen Erfassens eines Lebens seitens eines praktischen Rechts der materiellen Wahrheit seines Grundprincipes keinen ewigen Eintrag zu thun: der Wahrheit nämlich, daß ein geschichtlich „lebendes" Recht wahr nur aus diesem seinen positiven, sich bewegenden „Leben" selbst und unmittelbar an der Hand der Rechtsquellen nach klassischer Römerart erfaßt werden kann, und wahrer dereinst vielleicht noch, als durch die bisherige Praxis, wird erfaßt werden müssen! Allein die Schwierigkeiten eines solchen wissenschaftlich principiellen ersten Erfassens, wie eines Obsiegens über eine vis inertiae, welche allem menschlichen Erkennen anklebt, bewirkte doch auch hier, daß anfänglich diese lebende und allein berechtigte Geschichte unseres praktischen Rechts wenigstens in unserer Doktrin und in der theoretischen Litteratur vollständig, nie aber im Leben unterlag. So sah dieselbe sich bisher theoretisch von der antiquarisch beherrschten wissenschaftlichen Litteratur bald direkt verdrängt! Als ein stummer Protest gegen die unpositive Ueberwucherung romantischer Antiquitäten des antiken römischen Rechts einer historischen Schule tauchten deshalb jetzt vorläufig in Deutschland seit J. A. Seufferts Archiv bis zu den Entscheidungen des heutigen deutschen Reichsgerichts herab, immer mehr und zahllosere Präjudizienſammlungen auf! Deren materielle Abweichungen vom antiken Rechte modificieren zwar schon jetzt vielleicht die Hälfte eines rein römischen Rechts in Savigny's System! Eine Uebergangsjurisprudenz namentlich seit Windscheid übernahm dies Präjudiz selbst in die Doktrin: Aber eine ausreichende Remedur gegen das juristisch unmögliche Fortbestehen der heutigen Doppelrechte eines theoretisch nur gelehrten und eines praktischen, lebenden Rechts freilich kann doch wohl nur eintreten, — vor wie nach unserer kommenden deutschen Civilgesetzgebung — wenn einmal eine öffentliche Meinung durch klare Principien über die Nothwendigkeit und die Art einer unmittelbaren praktischen Erfassung des geschichtlich lebenden Rechts aus diesen seinen jeweiligen positiven Quellen endlich wieder theoretisch genugsam überzeugt sein wird! Auch in Zukunft würde sonst eine gleich sinnesbare,

Digitized by Google

trostlose Spaltung trotz einer kommenden Civilgesetzgebung zwischen Lehre und Praxis desselben Rechts fortbestehen können, solange nicht eine induktive, praktische Theorie ersteht, klärend und überzeugend Rechtsleben, Praxis, Theorie und Doktrin mit der Wahrheit eines Grundprincipes durchdringt, und so auch die beiden Träger des Rechtswissens, Theorie und Praxis, wissenschaftlich wieder vermählt, wie in Rom: Solange somit nicht an Stelle der Versuche der historischen Schule, den klassischen Leichnam des römischen und alles überlieferten Rechts zu neuem Rechte zu erwecken, der classische Geist der römischen Jurisprudenz, eine Schule des materiellen Erfassens des Rechts unmittelbar aus dessen gegebenen Leben mittels der Rechtsquellen und mittels formaler Technik als Recht der Gegenwart wiedererwacht.

Auf diese Weise haben wir in der nachrömischen Zeit seit der Glosse die erste Erstehung eines besonderen, von unserer Theorie getrennten praktischen Civilrechts auf dogmatischem Gebiete, wie die Gegenströmungen eines praktischen Rechts seither verfolgt! — Wir müssen es hier unterlassen, noch näher auszuführen, wie ein solch' thatsächliches Durchbrechen einer allerorts wahrnehmbaren geschichtlichen Selbstentwicklung des Civilrechtes innerhalb einer Praxis auch außerhalb Deutschlands allmälig erfolgte. Wie das gelehrte rein römische Recht: die Glosse Italiens, die französische, die holländische Schule, wie die historische Schule Savigny's allmälig im realen Leben durch eine praktische Jurisprudenz allüberall unterlag, mittels des mos Italicus in Italien, wie mittels der Praxis des usus modernus der späteren Zeit, mittels des contumes in Frankreich, mittels der Rechtsbildung Spaniens ꝛc. und schließlich vollständig und allerorts: durch das moderne Präjudiz. Der Erfolg ist schon jetzt, daß im Dogma außerhalb Deutschlands allerorts thatsächlich vollständig in Theorie und Praxis eben dies praktisch lebende Recht allein, i. e.: das Präjudiz, nicht etwa das „reine" römische Recht, zum Obsiege gelangt ist. In Deutschland selbst allerdings hat dies praktische Recht nur im Leben und Praxis, in unserer Doktrin dagegen, wie schon erwähnt, nur casuistisch im Präjudize, noch nicht im Principe, obgesiegt! Aber diese eine Reaktion einer Selbstentwicklung gegenüber den antiken Antiquitäten innerhalb der Praxis und ihres Dogma ist trotzdem allüberall nicht die einzige Reaktion des praktischen Rechts! Noch weit intensiver kamen ja eben dieselben Reformbedürfnisse, gegenüber dem antiken römischen Rechte, bisher auch mittels der modernen Gesetzgebungen zum Durchbruche, welche rascher diese langsamere Selbstentwicklung des Rechts zu fördern suchten: Jede solche moderne Civilgesetzgebung ist gleichfalls ein materieller, mehr oder weniger gelungener „praktischer Reformversuch" des, sich geschichtlich bewegenden Lebens des Rechts gegenüber einer antiken römischen oder sonst überlieferten Vergangenheit der historischen Schule! Sie ist ganz derselbe Reformversuch, welchen die geschichtliche Selbstentwicklung des

Digitized by Google

positiven Rechts innerhalb des Dogma der Praxis mühsamer auf dem Wege des Gewohnheitsrechts, wie mittels des Präjudizes versucht! Vergleichen wir doch nur die Beispiele der Neubildungen unserer Praxis in Deutschland in § 2 I, 2 mit diesen unseren Partikulargesetzgebungen! Dieselben betreffen fast regelmäßig dieselben Rechtslehren, an welchen sich auch von jeher die modernen Partikular-*Civilgesetzgebungen* in Deutschland versucht haben, so, daß sichtlich nur eine und dieselbe treibende Kraft der Bewegung und Entwicklung des „Lebens" des Rechts dieselben Materien in Dogma, wie in dieser Gesetzgebung entwickelte: Diese beiderseitigen Reformen begreifen so einheitlich stets dieselben Institute wieder: des heutigen Familien-, Erbrechts, Handels- und Verkehrsrechts ꝛc. ꝛc. Ihr beiderseitiges Ziel ist: das Anpassen der heutzutage veränderten Verhältnisse, Ueberzeugungen und technischen Rechtsbegriffe an das heutige lebende Recht! Das war im Wesen das Ziel der zahlreichen bisherigen deutschen Partikulargesetzgebungen: Preußens, Bayerns, Sachsens, Oesterreichs ꝛc. ebenso wie der Gesetzgebungen des code civile, Italiens und der übrigen Culturländer des Gebietes des früheren römischen Rechts im Auslande. — Gleichviel, wie gesagt, ob auch diese „Gesetzgebungen" wieder formal-technisch so vollendet sind, wie das classische römische Recht: jede derselben aber bringt wenigstens gleichfalls das Recht dem heutigen Leben *materiell* näher, gleich dem Präjudize, und ist wenigstens materiell wahrer, als jenes zum Theil erstorbene, dereinst classische römische! Alles solches Recht in Dogma und Gesetzgebung überhaupt, ist so freilich wieder nur eine, mehr oder weniger glückliche Auffassung eines ewig wahren absoluten Rechts und kann auch nicht ewig vollendet bleiben: Ein absolutes, göttliches Recht ist ja dem Auge des Menschen überhaupt verhüllt. Deshalb darf freilich auch an diese Gesetzgebungen niemals der Maßstab eines absoluten Rechts angelegt werden, sowenig wie an Praxis und römisches Recht.

Ja diese Selbstentwicklung des Lebens und der Praxis gegen geschichtliche Antiquitäten einer „Vergangenheit" der historischen Schule, wie gegen einseitige aprioristische Theoreme überhaupt ist nicht blos dem Civilrechte allein eigenthümlich! Die gleiche Entstehung eines solchen *praktischen Rechts* der geschichtlich lebenden „Gegenwart" ist vielmehr ein Grundgesetz allen Rechts, und ist deshalb auch auf *jedem anderen Rechtsgebiete ebenso nachweisbar*! So u. a. in jedem früheren, gemeinen und sonstigen *Prozesse*, im *Straf-* und *Staatsrechte* ꝛc. Wie mächtig bildeten sich beispielsweise die verschiedenen *Prozesse* des Civil- und Strafrechtes fort? War ferner nicht beispielsweise auch im *Strafrechte* eine Carolina, wie dieselbe mit ihren Bestimmungen über Folter, Hexenbrennen, Zauberei, Strafmittel, Strafmaß noch in unserem Jahrhunderte bis vor wenigen Jahrzehnten als „gesetzliches" gemeines Recht galt, von dem Rechtsleben und dem Gewohnheitsrechte unserer gemeinrechtlichen Praxis bereits längst bis zur Unkenntlichkeit modificiert und weitergebildet?

Digitized by Google

Wohl der verbissenste Anhänger der älteren historischen Schule würde ja da — im praktischen Richterberufe, in der Pflege des sich bewegenden Lebens des Rechts, zufolge der gegebenen allgemeinen opinio necessitatis und Uebung — diese Bestimmungen des Rechts der Vergangenheit einer Carolina ebensowenig anzuwenden vermocht haben, als jeder andere Praktiker! Fegte ferner später im Strafrechte das Leben der Geschichte nicht selbst auch aprioristische Produkte des Naturrechtes hinweg; wie eine Abschreckungstheorie Feuerbach's von 1813 in Bayern seit 1861? Ebenso wissen beispielsweise vielleicht rheinische Juristen zu berichten, welch' rascher Fortentwickung in verhältnismäßig kurzer Zeit ganz ohne Gesetzgebung, durch Leben und Praxis allein schon, die zum Theil naturrechtliche und vergangene gesammte Napoleon'sche Gesetzgebung unterlag! — Endlich ist ja auch die fortwährende Bewegung unseres Staatsrechts der Vergangenheit in unseren Staatsverfassungen des 18. und 19. Jahrhunderts bekannt und ist für jedermann greifbar, wie auch hier die „Bewegung des Rechts" sich bald auf friedlichem Wege: durch einsichtige Gesetzgebungen, bald leider aber in Folge historischen Unverständnisses des Lebens des Rechts gewaltsam, selbst auf dem Wege der Revolution geltend machte ꝛc. ꝛc. — — Diese Thatsachen alle illustrieren wohl zur Genüge das Walten des Lebens des Rechts, die Nothwendigkeit der Entstehung einer Lehre eines sich bewegenden, geschichtlich praktischen Rechtes in jedem Dogmenbaue und jeder Gesetzgebung, gegenüber jedem überlieferten Rechte, und: so die Nothwendigkeit des Erstehens eines wissenschaftlichen, empirischen Gegensatzes auch zu dem aprioristischen Fundamentalsatze der Schule Savigny's: das Recht ist durch die „gesammte Vergangenheit" der Nation gegeben: einer praktischen Wissenschaft, welche dem schon real gegebenen Gegensatze des Lebens zu den aprioristischen Doktrinen die Krone aufsetzen muß! So wird die Geschichte selbst in dem „Leben der Nationen" von jeher die Unhaltbarkeiten unserer beiden bisherigen aprioristischen Schulen überhaupt und anderseits die unwillkürliche Berechtigung eines praktischen Rechts — wie seiner Schule des lebenden Rechtes der jeweiligen geschichtlichen Gegenwart, welches unsere Rechtsquellen zeigen — erklären, eines Rechtes, welches Ueberliefertes und Gewordenes in sich schließt und organisch mit neuem specificiert, und welches wir durch ein übergelehrtes Nichterkennen, Verkennen und Schmälern allerdings in seinem Laufe und seiner Bewegung hemmen, niemals aber ersticken werden können! — Soweit die Skizze einer Geschichte der Entstehung eines besonderen praktischen Rechts in Folge Spaltung von Theorie und Praxis, von Lehre und Leben, in ihren allgemeinsten Umrissen! —

II. Die geschichtlichen Gründe der verstärkten Spaltung von Theorie und Praxis durch das Auftauchen der historischen Schule speciell. — Die allgemeinen hier wiederkehrenden Gründe, welche schon die Glosse vom Leben spalteten, haben wir schon oben kennen gelernt (§ 1 Ziff. 4 I β). Sie waren das, was Ihering in

Digitized by Google

seinem, in unserem Vorworte erwähnten Briefe an den Fürsten Bismarck mit einem „Formalismus" bezeichnet: das bloße Erfassen der formellen Vorzüge des römischen Rechts: des Allumfassens des früheren Rechtslebens in den Pandekten und dem corpus juris, des Systems und der Technik! Dafür wirft der einseitig gebildete Doktrinär allzuleicht die materielle Wahrheit des Rechts über Bord! Ueberdies verführt ihn die formale aprioristische Methode Deutschlands, von welcher sich auch die historische Schule noch nicht freimachen konnte! (§ 1, 5 I u. II.) Diese Spaltungsgründe einer Glosse wären aber auch in Deutschland zu überwinden gewesen, wie sie im gesammten Auslande überwunden wurden. Dazu kam aber jetzt für Savigny's Zeit und Schule der mächtige äußere Spaltungsgrund: die utopische Politik, der Wahn, mittels theilweiser Antiquitäten die Ordnung in Staat und Recht retten zu können, welche durch eine französische Revolution so tief erschüttert war. (§ 1, 4 II.). — Neben diesen formalen und äußeren Spaltungsgründen aber liefen noch eine Reihe überschwänglicher materieller Ideale einher, welche sich niemals real bewähren konnten. Wir werden nun A) zeigen müssen, wie auch keines dieser utopischen, materiellen Ideale Savigny's sich bewährte, soweit sie über das praktische Recht hinausgehen, und wie dessen historische Schule so wohl den, vom Verf. und später noch von anderen ihr zugewiesenen Namen einer „romantischen" verdient! B) Wie bei der Unerreichbarkeit ihres romantischen Zieles und der Untauglichkeit ihrer Mittel die historische Schule zu Gewalt ihre Zuflucht nahm, um, von einer politischen Panik getrieben, ihr vermeintlich erreichbares, an sich edles Ziel dennoch zu erreichen, und wie so ein weiterer Beiname einer „fanatischen" kaum unverdient sein dürfte! C) Wie endlich die eigene noch jetzt fortdauernde Apathie der, in ihrem Rechte gestörten und bedrohten, unbewußten Praxis die Herrschaft dieser historischen Schule begünstigte!

Nirgends mehr aber, als eben hier, dürfte der Ort sein, an der Hand einer induktiven Erfahrung der Wirklichkeit krankhafte Ausgeburten eines aprioristisch gefundenen Rechts einer gesammten geschichtlichen „Vergangenheit" aufzudecken: Denn in der That unglaublich ist es, welcher Unkenntnis thatsächlicher Verhältnisse und Wirklichkeiten des Lebens selbst der sonst gigantische, bewunderungswürdige Baumeister des, theoretisch an sich vielfach wahren „geschichtlichen" Aufbaues des Rechtes sich in dem Momente schuldig macht, in welchem dieselbe versuchte, sein Grundprincip der Geschichte auch praktisch zu verwirklichen! Den doktrinären Meistern der historischen Schule fehlt so zu einer praktischen Durchbildung ihres zweifellos großen historischen Gedankens vielleicht nichts, als: einige Jahre Praxis an einem heimischen Gerichtshofe, mit der Verpflichtung, dort als ausübende Richter all' das selbst als Recht wirklich anzuwenden und auszuführen, was das Programm der historischen Schule, überdies Savigny's vermeintlich positives „System", dessen „Zeitschrift" für geschichtliche

Digitized by Google

Rechtswissenschaft und dessen „Mustermonographie" über den Besitz (§ 4, A) als sofort anzuwendendes, positives Recht lehrt. Dies Recht ist ja unzweifelhaft ein scharfsinniges, aus einer Ueberlieferung gelerntes und gelehrtes, nimmermehr aber auch ein, aus seinem ureigenen Leben innerhalb der Gegenwart „verstandenes", geistig verdautes. Nach einem deutschen Kaiserworte selbst auch etwa ein Kennen, nimmermehr aber ein Können einer Rechtsdarstellung! Denn auch sie kannte die Prämisse: daß das Recht lebt; sie konnte dieselbe aber nicht zu ihren praktischen Consequenzen führen!

A. Zunächst werden sich nun diese sämmtlichen materiellen Ideale einer historischen Schule ohne Ausnahme als unerreichbar erweisen, soweit sie sich eben über eine Empirie des unwillkürlich Gegebenen: über die Erfahrung unseres positiv lebenden, sich materiell bewegenden Rechts, wie seiner Copie, eines praktischen Rechts und seinen Rechtsquellen hinauswagen. Insoweit eben mußte an die Stelle eines gegebenen und positiven Rechts auf Seite der historischen Schule die Illusion einer „Romantik" treten; diese unerreichbaren Ideale sind eben die Gründe: der Romantik der historischen Schule! — Seien wir aber dabei vollständig gerecht; geben wir dieser Schule an Verdienst zu, was ihr gebührt. Und doch wird ein erklecklicher Ueberschuß von Romantik über die lebende Wirklichkeit übrigbleiben! — In dieser Weise somit beantworten wir uns hier, von empirischen Gesichtspunkten ausgehend, die Frage völlig objektiv und präciser im Einzelnen näher: dürfen wir unsere historische Rechtsschule als eine romantische bezeichnen, und worin speciell bietet sie uns ein falsches Ideal? — Schon bisher nämlich hat ja der Verf. bekanntlich nicht allein diese doktrinär-aprioristische Schule in seinem „praktischen Bedürfnisse der Rechtsreform", Erlangen 1865 S. 10, als eine solche „romantische" zu charakterisieren versucht. Denn bald darauf in seinem seit 1872 erscheinenden „Kampfe um's Recht" that dies auch Ihering (z. B. 5. Aufl. S. 10—11) und andere. Suchen wir daher jetzt nach der näheren sachlichen Begründung dieser Bezeichnung! —

1. Ein erstes romantisches Ideal dieser Schule ist: Ein vermeintliches ewiges Nachwirken einer stabilen Classicität des (rein) römischen Rechts für die wechselnden Bedürfnisse des Lebens. — Schon dies ist wohl eine Verwechselung des Nachwirkens reiner Geistesideale, z. B. solcher der Kunst, mit dem Gelten einer „praktischen" Wissenschaft, welche das tägliche Leben zu regeln hat, wie eine solche eben das jeweilige positive Recht ist! Ohne Zweifel wäre sie ja in hohem Grade erstrebenswerth: diese Classicität einer absoluten Darstellung eines jeweils geltenden Rechts: das Allumfassen des Rechtes durch unveränderliche Pandekten, sowie dessen materielle und formale Construktion mittels Systems und Technik (§ 1, 4 I β mit § 5 III, 2)! Unzweifelhaft ist ja auch, daß bisher wohl die gesammte außerrömische Praxis des In- wie unseres Auslandes zu tadeln ist, weil dieselbe bisher fast durchgehends den formalen Theil dieser Classicität vernach-

Digitized by Google

lässigte und nicht wieder erreichte; auch die deutsche Praxis und Theorie nicht in ihren Neubildungen (§ 2 I 2)! Aber die entscheidende Frage ist hier eben doch nur die: ist der, von der historischen Rechtsschule eingeschlagene antiquarische materielle Weg der richtige zur Erreichung einer Classicität eines eben für uns geltenden lebenden beweglichen Rechts? Schon der, sich hier ergebende reale Gegensatz: der Gegensatz einer unwillkürlich gegebenen lebenden Wirklichkeit gegenüber dieser romantischen Schule darf der Betrachtung nicht vorenthalten werden. (cf. § 4 B a.)

Schaffen wir denn wirklich, wie schon wiederholt betont, ein, auch für uns classisch geltendes Recht, wenn wir den erstorbenen Körper, den Cadaver eines dereinst noch so classisch lebenden Rechts von neuem galvanisieren? Sind wir auch heutzutage wieder Classiker, wenn wir uns in äußerlicher Form mit einer classischen Toga, mit einem römischen Systeme und antiken römischen Begriffen behängen, während in uns ein, großentheils materiell anderer Organismus eines Rechts (§ 2 I—II) lebt? Unzweifelhaft waren ja die römischen Juristen und Praktiker Meister einer classischen Erfassung vor allem ihres materiellen lebenden Rechts unmittelbar aus seinem jeweiligen positiven Leben mittels des Systems! Unzweifelhaft waren sie auch die geistigen Erfinder einer formalen classischen Technik oder Construktion des Rechts (§ 4 B). Und unzweifelhaft bedürfen auch wir diese beiden wieder für unseren heutig lebenden „anderen" Rechtsorganismus, welcher sich von dem antiken unterscheidet. Aber wir bedürfen dann doch wohl einer classischen Darstellung eines „anderen" materiellen Rechts, als des Rechtes der Römer, und anderer Formen für dies neue materielle Recht! Kurz, wir bedürfen wieder eine „andere" classische, lebende Jurisprudenz! — Auch der große Cunctator Savigny selbst hat diese dereinst kommende Aenderung einer Classicität des Alten an einem anderen Orte vorausgesehen, wenn er uns bekennt (Syst. I Einl. XXXI): „Wenn wir gelernt haben werden, den gegebenen Rechtsstoff mit derselben Freiheit und Herrschaft zu behandeln, die wir an den Römern bewundern, dann können wir sie als Vorbilder entbehren"! — — Aber derselbe Savigny hat dann doch wohl wenigstens eine Zeit lang geirrt, wenn er glaubte, für unser heutiges Recht lasse sich nochmals, wenn auch nur für eine Zeit lang, eine Classicität dadurch erreichen, daß wir um der schönen Formen willen eine, vielfach materiell andere, antike Materie, einen andern organischen Körper, welchem das dereinstige Leben entflohen, und die nur diesem Erstorbenen angepaßte hochclassische Formel nochmals zu einem Leben erwecken, wenn auch nur für die Dauer einer Sekunde! Wir brauchen für einen neuen, wenn auch aufbewahrten lebenskräftigen Samen neue Kraft zu einem neuen, theilweise andern Leben: die Erkenntnis des Stoffwechsels einer Materie und veränderte Formen, welche an diese werdende und gewordene, neue lebende Materie sich anschmiegen als an ein neues „anderes Produkt"!

Digitized by Google

Mit der Verwechselung — dieser Antike des Rechts in Rom nun und einer lebenden Geschichte der Gegenwart unseres Rechts — durch Savigny verknüpft sich also zweifellos eine tiefergehende, unsere ganze historisch-romantische Schule beherrschende, ganz besondere Verwechselung; die specielle Verwechselung nämlich: der Classicität einer bloßen praktischen und lebenden Wissenschaft mit der Classicität eines, ewig unverändert denkbaren Kunst- oder sonstigen rein geistigen Ideals überhaupt! Es ist dies ja wohl eine verhängnisvolle, irreführende Verwechselung dieser, theils körperlichen, theils geistigen Materie unseres positiven Rechts: mit reinen Geistesprodukten! Dieser Verwechselung eben speciell haben wir uns jetzt wohl klarer bewußt zu werden! (Vgl. auch Ihering, Kampf ums Recht. 5. Aufl. S. 9 f.)

Antike, rein geistige, beispielsweise: Kunst-Ideale allerdings können selbst aus einer ungemessenen „Vergangenheit", zeitlich in einer unveränderten Gestalt des Buchstabens ewig und unmittelbar für uns verwendbar wie schätzenswerth verbleiben, ja eine derartige Antike kann sogar als tonangebende Erscheinung — als solche — noch jetzt zeitlich bei uns „herrschen". Solche Geistesprodukte sind überdies örtlich international; sie sind, wie an keine bestimmte Zeit, so auch an keinen bestimmten Ort gebunden: Wir lesen beispielsweise noch heute Kalidasas indische Dichtungen, Griechen und Römer neben unseren Nibelungen und unserem Lessing und Goethe. Sie „gelten" alle auch heute noch schön, bei uns wie an einem fremden Orte. Wir bewundern ferner heute noch die plastischen Idealgestalten einer, von uns nicht mehr verehrten Gottheit: eines olympischen Zeus, einer Venus von Milo, eines Apoll von Belvedere. Wir können solche antike Bilder einer „Vergangenheit" nicht blos heute noch schön finden, sondern sie auch „neuerdings" bilden und dann auch als unsere, als herrschende moderne Kunstwerke wieder bewundern: So ewig und allerorts herrschen die geschichtlichen Ideale des Geistes und der Kunst der Völker! — — Ganz anders aber mit der geschichtlichen Herrschaft einer praktischen Wissenschaft und Regeln, welche thatsächliche Verhältnisse ordnen sollen!! Wie, wenn man uns zumuthen wollte, daß wir das, was unsere Dichter, ein Faust, unsere Räuber ꝛc. besingen, selbst real durchführen sollten, daß wir ferner eben denselben Zeus, dieselben antiken Götter, deren Kunstschöpfungen uns noch heute als fast unübertreffliche Kunstwerke „gelten" und unsere Kunst beherrschen, nun auch praktisch als Götter „gelten", herrschen lassen, d. i. daß wir sie real, religiös: „anbeten" sollten?! Wie, wenn man auch nur die, praktisch im geschichtlichen antiken Rom herrschende Sprache, Sitte, Verfassung zwangsweise bei uns herrschen und „gelten" lassen wollte? — Jede reale „praktische" Herrschaft also zeigt eine, an Zeit und Ort gebundene (§ 1 Z. 5 III) Geschichte. So auch die praktische Wissenschaft des Rechts! Es mag ja, wie schon gesagt, sein, daß einzelne körperliche und geistige Elemente und Gesetze und elementare Grundzüge auch dieses Rechts zu allen Zeiten

Digitized by Google

und an allen Orten ewig dieselben verbleiben können: Elemente und Grundzüge des Systems, die Unterschiede zwischen Obligationen und dinglichen Rechten, zwischen öffentlichen und Privatrechten, Rechtsquellen ꝛc. Daß aber deshalb praktisch alle concreten Obligationen, z. B. des Handelsrechts, alle dinglichen Rechte, z. B. Reallasten, Besitzrechte des Detentor ꝛc. bei uns ewig dieselben sein sollten, wie die, vom klassischen Rom auf uns überlieferten geschichtlichen Formeln, daß sich bei uns weder thatsächliche Verhältnisse, noch Ueberzeugungen, noch Begriffe der Juristen ändern sollten (§ 2 II a), sondern ebenso, wie Kunstideale ewig klassische sein und bleiben sollten, diese Annahme der historischen Schule wäre doch wohl eine ebenso irrthümlich-romantische, wie wenn wir glauben wollten, die Götter selbst, die antike, praktisch gegebene Verfassung Roms, dessen Sprache, Sitte, Kleidung könne sich als eine klassische bei uns nie ändern! In einer solch' realen praktischen Geschichte gibt es keinen Spielraum für subjektive und aprioristische Phantasieen, wie beispielsweise für ein zum Theil romantisches Wollen, daß Rechte gleich einer idealen Kunst-Vergangenheit ewig klassisch bleiben sollten! Da gibt es nur den kategorischen Imperativ: der in der Gegenwart gegebenen, selbständig lebenden Herrschaft des Rechts sich zu fügen, oder: dasselbe zu verletzen. Das allein ist eine geschichtliche Herrschaft eines praktisch wirklich gegebenen, lebenden oder positiven Rechts! Jenes romantische Haften am Antiken dagegen wäre hier nur Vergewaltigung unseres heutig gegebenen, positiven Rechts und seines Lebens, ähnlich, wie die Vergewaltigung unserer gegebenen lebenden Religion durch früheren Götzendienst, unserer Sprache durch Romanismen ꝛc.! — — Wir werden ebendeshalb nur ein heutig gegebenes Recht erst dereinst wieder zu einem andern klassischen Rechte gestalten können, wenn die Darstellung nicht eine Verkennung, möglicherweise ein Zerrbild sein soll! Klassisch also innerhalb jeder rein praktischen, dem jeweilig wechselnden Leben dienenden Wissenschaft, wie eben innerhalb des Rechts überhaupt wird, — im Gegensatze zu den klassischen Idealen einer Kunst und der historischen Schule — nur eine, dem jeweiligen, praktisch gegebenen Leben entsprechende und die Gesetze dieses Lebens nach Zeit und Ort technisch richtig oder klassisch abstrahierende, spiegelnde Darstellung sein! (§ 4 B). Die gegentheilige Annahme der historischen Schule ist: eine Romantik!

2. Ein zweiter romantischer Widerspruch der historischen Schule: Ausschluß der heutigen lebenden Praxis und doch eine stabile antike Praxis: Verdammung einer positiven Praxis nur wieder durch eine andere, und: zum Theil falsche erstorbene!! — Der Magister der historischen Schule seit der Glosse kennt und trägt nur einen geschichtlichen Stoff schwarz auf weiß nach Hause. Deshalb muß er stets praktisches Recht abschreiben; bald antikes römisches, bald heutiges. (§ 1, 5 II u. III § 6.) Die ältere historische Schule, Savigny speciell will nun bekanntlich aprioristisch das „praktische"

Digitized by Google

Recht als Willkür aus seiner Lehre vollständig ausrotten. Wir werden ja anderwärts sehen, wie Savigny unsere „heutige" Praxis sowohl faktisch durch die That, als mit ausdrücklichen Worten von seiner Lehre ausschließt, und wie ihm darin anfänglich seine Schule secundierte! (z. B. Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissenschaft 1815 Bd. I S. 12, 2, 3; vgl. § 2 und unten § 3 und 5). — — Dies praktische Recht ist nun aber die bloße Copie des heutzutage positiv lebenden Rechts, so wie es unsere anerkannten Rechtsquellen uns gebieten! Was also ist der Erfolg? Die historische Schule setzt da an die Stelle dieser ausgeschlossenen Praxis, dieser viva vox unseres eigenen positiven Rechts, nur wieder: eine andere, und — zum Theil abgestorbene — „Praxis", einen Ausdruck eines vergangenen Lebens: das antike römische Recht in seiner Reinheit! Schon damit bewegt sich ihr ideales Wollen und Können gewiß wieder in einem romantischen Widerspruche zu ihrem eigenen Thun! — Was war nämlich das classische römische Recht, wie es uns Justinians „Pandekten" überliefern? Der Vers. hat dies ja wiederholt hier, wie auch schon früher beantwortet (z. B. schon in der Einleitung seiner Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio, Erlangen 1884 S. V): An sich fast nichts als: wieder Präjudicien einer römischen „Praxis", wissenschaftlich verarbeitet; nach den Titeln der Just. Digesten praktische Entscheidungen antiker Rechtsfälle, responsa, Quästionen und Ausführungen derselben Digesten, Commentare: einer Praxis theils des Rechts respondierender juris consulti, theils rechtssprechender Prätoren und Kaisergerichte! — Selbst aber auch für uns wieder gilt dies gesammte römische corpus juris, wie schon zu § 1, 5 II bemerkt, nach berechtigten neueren Nachweisen niemals als Gesetz, sondern wieder nur als gesetzlich gebilligte „Praxis"! Denn die Reichskammergerichts-Ordnung von 1495, I, 71, auf welche man früher die vermeintlich „gesetzliche" Geltung des römischen Rechts in Deutschland zurückführen zu können glaubte, legte ja den Richtern nur den Eid auf, nach „des Reichs gemeinen Rechten, Abschieden" ꝛc. zu urtheilen. Und was war das damalige „gemeine" Recht? Doch nimmermehr das „reine römische" Recht Savigny's! Ganz im Gegentheil: Wie Stintzings Geschichte der deutschen Rechtswissenschaften 1880 S. 125, 132 ff. (§ 3, I) soeben wiederholt gezeigt; eine Praxis, theils der mos Italicus der Bartolisten, theils ein beginnender heimischer usus modernus pandectarum! — Was war auf diese Weise also der ganze Erfolg des Ausschlusses der heutigen Praxis von der Lehre der Schule Savigny's? Kein anderer als der gesagte; als daß von ihr „romantischer" Weise, statt einer verlässigen und heutzutage allein berechtigten Praxis, nur wieder eine und zwar nur eine dereinst klassische, heutzutage aber höchst unzuverlässige, zum Theil abgestorbene „Praxis" eingeführt werden sollte! Warum aber ist die heutige Praxis die allein verlässige? Einfach, weil die heutige Praxis allein alle heutig maßgebenden Rechtsquellen (zugleich die modernen Gesetze und ihre Analogien, das seitdem entstandene moderne Gewohn-



Digitized by Google

heitsrecht, subsidiär die Resultate auch der modernsten Wissenschaft) beachten kann, welche möglicherweise jene antike römische Praxis verändern müssen! — — Die unglückselige, klassisch antikisirende Romantik der historischen Schule zeigt sich also hier wieder eben in ihrem vollen Lichte! Dieselbe Praxis wird heutzutage in den Pandekten doch auch schon unserer Doktrin, eines Windscheid, Dernburg, E. J. Bekker, ferner im deutschen Privatrecht durch Aufnahme des Präjudizes, kurz heutzutage von fast allen besseren Juristen wieder unbeanstandet beachtet; dereinst ward sie Unrecht und wie ein Verbrechen verfolgt, jene heutzutage zum Theil ungenügende und falsche antike römische Praxis aber wurde von Savigny wie eine, für alle Zeiten ausreichende, absolute, fernerhin nicht einmal der Unterstützung einer Gesetzgebung bedürftige gefeiert! Fast zu demselben „absoluten" Rechte, oder fast zu derselben »ratio scripta« aufgebauscht, deren Erreichbarkeit eben dieselbe historische Schule, ihrer eigenen Gegnerin, der Naturrechtsschule gegenüber von jeher mit vollem Grunde doch selbst bestritt! (z. B. Sav. Beruf 3. Aufl. S. 5 ꝛc.) Dies aber ist umsomehr ein zweiter tiefgreifender romantischer Widerspruch, als eine Rechtswissenschaft sich auch gar nicht einmal unbedingt an jedes Präjudiz binden darf, sondern nur an ein positives Leben des Rechts: an seine Quellen (Einleit. 1, II.)!

3. Ein dritter romantischer Widerspruch der historischen Schule: Sie, — welche doch vor allem gegebene „Geschichte" lehren will, — stellt keine für uns wahre und gegebene, sondern eine stabile Geschichte dar: Statt Leben und „Geschehendes" oder „Geschichte" der Wirklichkeit lehrt sie so vielfach nur das, was in positiver Wirklichkeit im Rechte bei uns nicht mehr „geschieht"! — Der historischen Schule gebührt so zwar im Allgemeinen ohne Zweifel, wie schon in § 1, 5 anerkannt, das hohe „Verdienst", der Menschheit, namentlich den Extremen und Extravaganzen des Naturrechts gegenüber, den für eine große Hälfte unseres geltenden Rechts unbedingt berechtigten „geschichtlichen Gedanken", welchen der Römer allerdings bereits viel lebensvoller entdeckt, überhaupt wieder von neuem geoffenbart zu haben; denselben Gedanken also, welchen eine unbefangene Praxis schon, unbewußt zwar und thatsächlich, überdies auch zum Theil in anderer lebensvoller Weise, von jeher geübt hatte; aber diesen Gedanken der Welt so nun auch theoretisch wieder entdeckt und zum Bewußtsein gebracht zu haben. Wir dürfen, wir werden dies Verdienst gewiß niemals unterschätzen! Es hinderte eben wenigstens das Abirren in die theilweise Willkür des Naturrechts! — Diese historische Doktrin ging aber, indem sie so Geschichte suchte, wie wiederholt erwähnt, in unrömischem Geiste, über die Erfahrung dessen, was bei uns jeweilig noch gegeben, nach von uns allen anerkannten Gesetzen der Rechtsquellen, in der Gegenwart berechtigt, — geschichtlich — in der That geschieht und zu geschehen hat, — über diese induktive Erfahrung einer Geschichte, — aprioristisch hinaus: Sie erreichte so im Einzelnen nur ein, vor Jahrtausenden praktisch Geschehenes, heutzutage

Digitized by Google

vielfach positiv nicht mehr Geschehendes einer Geschichte, einer gesammten „Vergangenheit" oder theilweiser Antiquitäten: namentlich eines antiken rein römischen ꝛc. Rechts. — — Offenbar lebt nun aber auch außerhalb des antiken Rom noch fortwährend eine gegebene, positive Geschichte! Jedes Blatt auch unserer, seit Roms Herrschaft noch immer fortschreitenden Geschichte ist ja Leben, ist zum Theil ein sich Bewegen und sich Aendern: ein Fortschreiten entweder zum Besseren oder zum Verfall; und wahre Geschichte ist so heutzutage überhaupt nur das, jetzt im Momente der Gegenwart unwillkürlich Gegebene, nicht unbedingt das der Vergangenheit! Diese ganze jetzige Geschichte nun sollte von der historischen Schule mehr oder weniger escamotiert werden können? Sollte durch den aprioristischen Machtspruch und nach der Lehre des Rechtes einer gesammten „Vergangenheit" Savigny's bei einem vermeintlich ewig klassischen rein römischen, bei canonischen und älteren Reichsrechte ꝛc. stille stehen können? Die Erkenntnis allen Stoffwechsels des Lebens des Rechtes, des Kreislaufes der flüssigen Elemente, des Blutes des Rechts, und deren fortwährende Ausbildung zu festen Körpern, die Erkenntnis der werdenden Geschichte der dadurch bedingten Veränderung selbst der festen Körperbestandtheile — das alles sollte jetzt aufhören?! — — Nur einige schwache, höchst sporadische Spuren des geschichtlich sich bewegenden Lebens begnadigt etwa Savigny's System bei guter Laune neben seinem rein römischen ꝛc. Rechte noch zum Leben: vor allem canonisches Recht, ältere Reichsgesetze; dann aber auch die sporadischen Fälle der heutigen Ehre und Infamie ꝛc. Im übrigen aber hat Gans wie Stintzing (Sav. ein Beitr. zu s. Würdigung 1862, S. 50) und andere bereits bemerkt, daß die historische Schule es zu einer Geschichte des römischen Rechts nicht gebracht hat! Im übrigen ist für Savigny die ganze Geschichte des Mittelalters und der Neuzeit nur: eine Litterärgeschichte; nimmermehr eine Dogmengeschichte; d. i. nimmermehr eine Geschichte des materiellen Lebens des Rechts, wie das Recht der Vergangenheit, das römische ꝛc. sich bei uns seitdem im Leben im Laufe der Jahrhunderte materiell und positiv fortbildet und ändert; sondern mehr nur eine Geschichte etwa, wie das, vermeintlich ewig gegebene, stabile, reine römische ꝛc. Recht der Vergangenheit, sein Buchstabe später in seiner unveränderten! Reinheit angewendet, aufgefaßt, oder aber, nach Savigny's Meinung, später mißdeutet! wurde: Positive Aenderungen des Lebens des Rechts sind ja für Savigny's geschichtliches Recht der gesammten Vergangenheit vielfach bloße Mißdeutungen des Rechts! Unsere Praxis aber, welche auf dem gerade entgegengesetzten Standpunkte des Lebens steht, welche allein diese Aufzeichnung, wenigstens die casuistische Darstellung dieses geschichtlichen Lebens, gerade der von Savigny theoretisch selbst gelehrten geschichtlichen Selbstentwicklung der lebenden Geschichte des Rechts aus den Rechtsquellen in ihrem Präjudize übernehmen mußte — diese allein wahre Geschichte der Gegenwart sollte geradezu verfehmt sein! — —



Digitized by Google

Auf diese Weise aber wurde von der historischen Schule das von ihr selbst erstrebte Ideal einer Geschichte praktisch oder im Leben nicht nur nicht erreicht, sondern im Gegentheile — wieder romantisch — vielfach zerstört: Die „historische" Schule ist vielfach für das heutige Recht geradezu ungeschichtlich. Denn eine todte, principiell falsche Geschichte ist nimmer „gegebene" Geschichte! Sie schädigte sowohl einerseits das positiv lebende Recht der Gegenwart, — als anderseits umgekehrt die Rechtsgeschichte. — Denn sie identificierte die, für uns allein gegebene geschichtliche Gegenwart mit der, zum Theil erstorbenen geschichtlichen Vergangenheit, ohne die Veränderungen derselben in der Gegenwart zu beachten! Und indem sie so ihre eigene, die mit ihr geborene und ihr angeborene lebende positive Geschichte principiell wieder auch selbst in die, zum Theil abgestorbenen antiken Formeln der Vergangenheit hineintrug, wie umgekehrt principiell diese antike Formeln direkt auf das heutige positive Leben übertrug (§ 2 IV), mißdeutete und schädigte sie so principiell beide: positives Dogma wie Rechtsgeschichte: sie verpflanzte a priori — Antiquitäten in das heutige Dogma und umgekehrt a priori heutige Auffassungen in das historische römische Recht oder in die Rechtsgeschichte! — Dies ist die Charakteristik der „Geschichte" der historischen Schule Savigny's! — Betrachten wir nun nach beiden Seiten die greifbaren Folgen — auch praktisch!

Wie die historische Schule erstens fortwährend eine bewußte Erkenntnis und Klärung des „geschichtlich" in der Wirklichkeit lebenden, positiven Rechts der Gegenwart hindert? — Ein praktisch greifbares Beispiel aus dem Leben ist folgendes. Die jungen Juristen und Doktoranden, welche sich heutzutage auf den praktischen Staatsconcurs ausschließlich dadurch vorbereiten wollten, daß sie auf unseren Universitäten bei einer historischen Schule mit ihrem Rechte einer gesammten „Vergangenheit" promovieren, fallen nothwendig in unserem praktischen Staatsconcurse durch: Ganz ebenso, wie umgekehrt diejenigen Universitätsstudenten, welche sich auf das theoretische Examen einer, von einer historischen Schule beherrschten Universität blos in der noch so berechtigten Praxis allein, in Präjudizien und praktischer Theorie vorbereiten würden, welche somit die „positive" Geschichte der Gegenwart und die heutigen Ausflüsse der Rechtsquellen innerhalb des Präjudizes zur strengsten Basis nehmen, nothwendig in dem theoretischen Examen der Universität einer historischen Schule durchfallen müßten! Die Erklärung? Sie ist einfach die gesagte: Weil die historische Schule und das praktische Recht auf einer ganz „anderen Geschichte" beruht: jene auf einer Geschichte der gesammten Vergangenheit, diese aber auf der Geschichte des Lebens der momentansten Gegenwart! — Schon im § 2 IV haben wir dies noch weiter an greifbaren praktischen Beispielen gezeigt. Durch ihr Identificieren, oder nach dem Ausdrucke unseres deutschen Privatrechts, durch ihr Zusammenschachteln von antikem und modernem Rechte führte diese

Digitized by Google

historische Schule weiter bald bloße theoretische Mißdeutungen herbei; bald aber auch geradezu das materiell Leben schädigende Zerrbilder! Dogmatische Beispiele sind: Die in § 2 IV mit § 4 A erwähnte Mißdeutung des heutigen Besitzrechts des Detentor an „fremden" Sachen durch die Subsumtion unter das Recht des, durch bloßes Faktum (corpus und animus domini) nur erworbenen, antiken römischen Eigenthums der possessio mit animus »domini«, mit allen hieraus im § 2 IV, II 4 erwähnten, einzelnen Zerrbildern. Ebenso die Mißdeutung des heutigen Begriffs einer Injurie oder Beleidigung durch Identificierung mit dem antiken generellen Aushilfsdelikte der römischen injuria e generali edicto! Weiter etwa: die, schon von J. A. Seuffert gerügte Mißdeutung des heutigen Uebergabsvertrages als bloßer, römischer Kaufvertrag! Die Schädigung des heutigen Gewohnheitsrechtes der Vereine zu dauernden Zwecke, der sog. Genossenschaften, durch Subsumtion wieder unter die antike römische societas zu bloßen Einzelzwecken, kurz die Darstellung sonstiger Fälle des § 2 I 2 ꝛc. ꝛc. Damit erachten wir die Darstellung einer falschen Geschichte durch die historische Schule innerhalb des positiven Dogma bereits genügend gekennzeichnet.

Die historische Schule schädigte aber durch diese Verwechselung von geschichtlicher Vergangenheit und lebender Geschichte ebenso zweitens auch umgekehrt hie und da praktisch die römische Rechtsgeschichte: Sie trug so auch in den ganz anderen geschichtlich „vergangenen" Gedanken der antiken Welt nicht selten völlig andere: ihre eignen, „modernen" Auffassungen hinein und schädigte so beide! — Ein Beispiel hiefür selbst im größeren Ganzen ist folgendes: So ist der historischen Schule vor allem in der Rechtsgeschichte Roms ein großer, aufklärender Grundzug in seiner vollen weittragenden Bedeutung entgangen, welcher das römische Recht vor Justinian in ebensoviele, seine Ausbildung erklärende verschiedene Rechtssysteme auflöst und theilt, als es dereinst besondere geschiedene Volksabstammungen und civitates mit besonderem Rechte gab. Was Niebuhr unter den Huldigungen Savigny's in der politischen Geschichte Roms erkannte und anbahnte: in der Geschichte des Civilrechts ist es fast ganz unerkannt geblieben! Höchstens theoretisch lehrt die historische Schule (Savigny, Gesch. d. r. Rechts im Mittelalter, I § 30) noch den Satz gleichfalls, ohne ihn praktisch zu beachten, daß in Rom nicht, wie bei uns, ein „territoriales Princip" der Geltung des Rechts existierte, zufolge dessen jeder auf einem bestimmten Territorium Befindliche dem gleichen, einen territorialen Rechte unterlag; daß vielmehr in Rom wie in der antiken Welt das geradezu entgegengesetzte Princip der sog. „persönlichen Rechte" galt mit unter sich geschiedenen und verschiedenen vielfachen Volks- und Stammesrechten. Dies Princip beruhte bekanntlich darauf, daß jeder, einem bestimmten Volke, einer selbstständigen civitas Angehörige sein persönliches Volksrecht überall hin mitbrachte: ähnlich, wie selbst im Mittelalter noch ein Römer nach römischen, der Gothe, Lombarde ꝛc. nach gothischen oder Lombardenrechte beurtheilt wurde, gleichviel auf

Digitized by Google

welchem Territorium, ob auf fremdem oder eigenem, er sich befand: die praktische Folge hieraus zu ziehen, hat man für das römische Privatrecht unterlassen. Die praktische Folge hievon aber ist, daß es auch in Rom, wie Savigny übersieht, vor Justinian und namentlich in der klassischen Periode noch nicht blos das vermeintliche eine, später erst von Justinian mit den übrigen compilierte oder geeinigte Recht gab, weil ja erst dieser die verschiedenen, namentlich am Boden haftenden, partikularen Rechte des römischen Rechts mit dem römischen gemeinen jus gentium in ähnlicher Weise völlig einigte, wie etwa auch heutzutage eine deutsche Civilgesetzgebung das territorial partikulare und gemeine Recht Deutschlands zu einigen hat. — Daß es deshalb in Rom nicht blos schon vor den XII Tafeln ein verschiedenes Recht der Patricier und Plebs, sondern auch nachher die Partikularrechte: der zu römischen civis vereinigten Patricier und Plebejer einerseits und die zahllosen Partikularrechte der verschiedenen Abstammungen der zahlreichen civitates der Provinz anderseits geben mußte; daß endlich neben all diesen Partikularrechten sich, namentlich seit dem 6. Jahrhunderte der Stadt, ein drittes positives „gemeines" und gemeinsames Recht, das besondere, selbstständig klagbare gemeine jus gentium entwickelte, welches jetzt auch alle die, zuvor nur unter sich nach ihrem Partikularrechte Verkehrenden zu einem, zuvor nicht dagewesenen gemeinsamen Rechtsverkehre zuließ, ja selbst cives auch noch gestattete, unter sich selbst oder mit dem gemeinsamen Stammesgenossen nach freier Wahl bald nach dem eigenen partikularen jus proprium, bald nach diesem gemeinen Rechte des jus gentium zu contrahieren. Gajus I § 1 mit l. g D 1, 1 ꝛc. schildert uns dies ja mehrfach. Denn der römische civis z. B. konnte mit einem andern civis bald nach seinem partikularen jus civile mittels mancipatio ꝛc., bald nach dem gemeinen jus gentium mittels eines contractus juris gentium, und ebenso der Peregrine der Provinz mit seinen eigenen Stammesgenossen bald nach dem partikularen jus proprium seiner provinzialen civitas mittels pacta, bald aber nach dem römischen gemeinen jus gentium mittels Stipulationen (Gajus III, § 93, 119 f. 179) contrahieren. In wechselseitigem Verkehre konnten diese verschiedenen peregrinen Volksabstammungen sich alsdann natürlich nur des gemeinen jus gentium bedienen, nicht des jus civile! Diese Rechtsverschiedenheit wurde nicht durch die Verleihung der Civität an alle Bewohner des römischen Reichs ganz beseitigt! namentlich die am Boden haftenden!

Das Bestehen nun solcher positiver Rechtsverschiedenheiten oder verschiedener positiver Rechte noch im klassischen Rom in einer Weise, daß dieselben zur praktischen Erklärung der — aus diesen früher bestehenden, mehrfachen Rechtssystemen zurückgebliebenen — einzelnen zahlreichen doppelten Rechtsbegriffe verwendet werden könnte und mußte, entging noch der historischen Schule nahezu vollständig; sie sah in dem römischen jus gentium und naturale zumeist nur eine „freiere" Modifikation eines vermeintlich einheitlichen jus civile selbst:

Digitized by Google

ganz wie nach heutigen territorialen Einheitsbegriffen! Nimmermehr aber verschiedene positive, dereinst selbstständig vor verschiedenen Prätoren und verschiedenen judicia verfolgbare Rechtssysteme. Da nun aber das Justinianische Recht auch noch nach seiner Compilation vielfach die Doppelnamen aus diesen früheren verschiedenen Rechten beibehielt, so konnten in der rechtsgeschichtlichen Auffassung der historischen Schule mannigfache Mißverständnisse entstehen; denn diese schachtelte jetzt auch selbst Namen der Geschichte der antiken „Vergangenheit" und Gegenwart wie identische zusammen und confundierte, schädigte so das Verständnis auch der römischen Rechtsgeschichte! — Beispielsweise fand man ja in Einzelheiten etwa noch verständlich, warum sich die römische Ehe in etwa vierfachen römischen Formen zeigte; daß es eine confarreatio der Patricier allein vor der Verleihung des connubium mit den Patriciern, ferner eine coemtio der Plebejer allein, später ein matrimonium der, zu cives vereinigten Patricier und Plebejer, und endlich parallel einen concubinatus des gemeinen jus gentium geben mußte, daß sich ferner für die Vermächtnisse in Rom die doppelten Namen: des civilen legatum und des, aus der Provinz eingeführten fideicommissum fanden; daß civile Verwandte: agnati, neben Verwandten nach jus gentium, den cognati, civiles Vermögen oder patrimonium neben Vermögen nach jus gentium, den bona, daß Obligationen des jus civile: das nexum ꝛc., klagbare Obligationen des jus gentium, die contractus, wie beispielsweise eine stipulatio, und endlich neben diesen für und gegen cives unklagbare bloße Obligationen der Peregrinen, die nuda pacta existierten. Alles im Einzelnen. Soweit etwa schien die Rechtsverschiedenheit im antiken Rom im Einzelnen auch der historischen Schule noch verständlich. Niemals im praktischen Principe! Weniger verständlich war deshalb eben auch noch in anderen Einzelheiten der historischen Schule, welche Geschichte der Vergangenheit und Gegenwart identificierte, und deshalb in Rom ein Recht gegeben wähnte, vielleicht beispielsweise schon die Erklärung, wie in Rom die vier verschiedenen, dort sich vorfindenden Institute des antiken Pfandrechts in den verschiedenen Rechten praktisch fungierten. Daß es vor allem schon eine doppelte Verpfändung nach jus civile gab: erstens im nexum der Person, nämlich eine Verhaftung der „Person" des Schuldners als Sache in dem Grade, daß ursprünglich die Person selbst, gleich einer Sache, haftete, in die Sklaverei verkauft und der Gläubiger mit dem Erlöse befriedigt werden konnte; dann zweitens die civilis fiducia, eine precäre Ueberlassung des civilen „Eigenthums" des dominium ex jure Quiritium an einer bloßen Sache mittels mancipatio ꝛc. zum Zwecke und auf die Dauer der Verpfändung; endlich daß das römische jus gentium noch folgende zwei weitere positive Formen hinzufügte: nämlich als dritte das römische pignus, diese Uebertragung des bloßen römischen Eigenthums nach jus gentium (§ 2, IV II) oder der possessio mittels traditio auf die Dauer der Verpfändung, und endlich als viertes:

Digitized by Google

die, aus Griechenland stammende hypotheca, eine bloße »obligatio rei«; diese wieder übertrug die zeitweises Eigenthum, wie die fiducia des jus civile und das pignus des jus gentium, sondern sie schuf ursprünglich lediglich eine »obligatio rei«, d. i. eine bloße Verhaftung des jeweiligen possessor der verpfändeten Sache, nicht mit der eigenen Person, sondern einzig mit der Substanz und dem Erlöse der Sache! — Ebenso blieb der zusammenschachtelnden historischen Schule vollständig verhüllt und unverständlich das, schon oben § 2, IV, II ausgeschiedene doppelte römische Eigenthum des civilen dominium ex jure Quiritium und der possessio des jus gentium überhaupt, unterscheidende Ausdrücke, welche nebenbei auch sonst bei den dinglichen Rechten — die jura in re aliena des civilen Partikularrechts einerseits und des gemeinrechtlichen jus gentium anderseits unterscheidend — wiederkehren. Denn es gab vor Justinian ja auch z. B. ein dominium juris, z. B. ein dominium ususfructus, proprietatis, somit ein quasi-dominium, neben einem dominium corporis innerhalb des jus civile, und eine quasi-possessio juris neben einer corporis possessio des jus gentium! Hier bezeichnete die historische Schule das andere, doppelte Eigenthum des jus gentium nur mit dessen Umschreibung »in bonis« (im Vermögen nach jus gentium); oder wenn sie, wie Savigny erkannte, daß die römische possessio dies in bonis war, zog ihr Zusammenschachteln dann nicht die Consequenz, daß dann doch diese römische possessio nicht ein heutiger, vom Eigenthum verschiedener „Besitz" oder Detention in heutiger Wortbedeutung sein kann! Solche und ähnliche, das ganze System erfassende rechtsgeschichtliche Verschiedenheiten also entgingen der historischen Schule zum Theil noch vollständig, und dadurch brachte sie dem Rechtsleben wieder nicht selten geradezu Schaden. (§ 4 A mit § 2 IV, II)!

Dies Bestehen verschiedener Rechtssysteme nun mit zahlreichen verschiedenen Einzelinstituten im antiken Rom bis auf Justinians Compilation herab hat der Verfasser, wenn auch unbeachtet von der theoretisch noch herrschenden historischen Doktrin, schon früher ausführlicher berührt, um so auch aus der römischen Rechtsgeschichte heraus so manche Verwechselung des vergangenen und späteren Rechts und Mißdeutung der zum Theil ungeschichtlichen historischen Schule praktisch abzuwenden: speciell in seinen „Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio", — welchen ebendeshalb der weitere Titel beigefügt wurde: — „Die Rechtsverschiedenheit im antiken Rom, und die Entfaltung des doppelten römischen Eigenthumes: possessio neben dominium aus den verschiedenen positiven Rechtssystemen vor Justinian", Erlangen, Deichert 1884, insbes. S. 6 ff. Auf die dortigen, näheren Ausführungen vom Standpunkte eines — selbst in der Vergangenheit und späteren Gegenwart Roms längst — lebenden und praktischen Rechts muß deshalb hier einfach verwiesen werden! Hier war lediglich das eine Erwähnte hervorzuheben: Wie — durch ihr extremes Hangen an einer Geschichte der gesammten Vergangenheit

Digitized by Google

allein und ebendeshalb durch ein, so ermöglichtes Identificieren von geschichtlicher „Vergangenheit" und Gegenwart — die historische Schule deren eigenes Ideal der Geschichtlichkeit, abgesehen vom Dogma, sogar auch innerhalb der antiken Rechtsgeschichte zu stören vermochte, und wie wir, ohne diese Gegensätze von Vergangenheit und Gegenwart klar zu erfassen und zu trennen, weder rechtsgeschichtlich die zahlreichen Doppelrechte des geschichtlichen antiken römischen Rechts ꝛc., noch auch eine heutig positiv lebende Geschichte der Gegenwart wahr erfassen werden! — So aber auch im übrigen Rechte. — Auch der Kenner des Staatsrechts wird ja vielleicht in ähnlicher Weise beispielsweise in den staatsrechtlichen Auffassungen der historischen Schule Parallelen finden: Wie diese, ein Stahl ꝛc., auch im Staatsrechte nicht selten romantisch eine Geschichte der Vergangenheit und Gegenwart wie eine vermeintlich einheitliche zusammenschachtelte und damit auf einer falschen vermeintlich heutigen Geschichte basierte ꝛc. ꝛc.! Darin überblicken wir somit einen weiteren Ausfluß einer Romantik der historischen Schule!

Gewiß ist damit keinerlei feindliche Stellung gegenüber der Geschichte und Rechtsgeschichte eingenommen. Im Gegentheil! Gerade umgekehrt ist ja vielmehr die Anschauung des Verf. die, daß auch eine Schule eines praktischen Rechts künftighin — nicht minder selbst eine antiquarische — Rechtsgeschichte und zwar besser noch, als die früheren Praktiker der verflossenen Jahrhunderte und getreuer als die historische Schule selbst pflegen muß; nur getrennt von dem jeweilig geschichtlichen, positiv lebenden Dogma des Rechts einer Gegenwart! Auch das praktische Recht bedarf ja der Unterstützung selbst der antiquarischen Rechtsgeschichte im Staats- wie Privatrechte: Theils weil diese die beste Lehrmeisterin des Werdenden ist. Theils aber weil diese allein den, noch fortlebenden wirklichen Gedanken eines, noch geltenden überlieferten Rechts wahr erklären und rege erhalten kann, soferne derselbe unverändert lebt. Theils endlich, und das ist wohl für uns Praktiker die Hauptsache, weil diese antiquarische Geschichte für uns allein eine verlässige historische Kritik des geschichtlich Gewollten bieten kann; ob heutzutage wirklich noch ein so gewolltes antikes, oder vielleicht ein ganz anderes positives, heutiges oder heimisches „praktisches" Recht vorliegt; denn diese antike Geschichte allein unterscheidet uns, was der römische Gesetzgeber gewollt und: nicht gewollt. Und daraus allein schon werden wir ersehen, ob noch dies gewollte röm. Recht auch in unserer Uebung lebt, oder ein anderes: m. a. W. ob wir das Recht der Gegenwart mit unserer Praxis endlich von den schädigenden Fesseln der Antiquitäten befreien oder umgekehrt berechtigtes Altes noch fernerhin beizubehalten haben (cf. § 3 IV 3 und § 2 IV)! So allein werden wir aber das überlieferte Recht zu neuem Leben restaurieren und verhüten können, daß unser Volk durch Antiquitäten wie durch grundlose geschichtliche Gelehrsamkeit länger praktisch bedrängt und ihm durch diese todte, am bloßen, ähnlich klingenden antiken Buchstaben haftende

Digitized by Google

Gelehrsamkeit schon sein bestes, wohlerworbenes Recht entzogen werde (§ 4 A)! Damit glauben wir auch dies Thema zur Genüge erschöpft. Auch selbst das „geschichtliche" Ideal der historischen Schule kann wohl durch eine praktische Schule und durch eine Unterscheidung von, in der Vergangenheit wie in der Gegenwart lebender Geschichte noch besser, lebensvoller verwirklicht werden: im Dogma wie in der Rechtsgeschichte!

4. Hiemit hängt von selbst aber ein weiteres falsches, romantisches Ideal der historischen Schule zusammen: Deren durch sie unerreichtes Streben nach Positivität. Hier vertritt bei der historischen Schule die aprioristische „Phrase" „Geschichte der gesammten Vergangenheit" die empirisch allein positive Grundlage der „Rechtsquellen", welche in Leben und Praxis maßgeben! Hier verfolgt die Schule also die Meinung, daß eben ihr geschichtliches Recht einer gesammten stabilen „Vergangenheit" an sich schon das für uns allein positive, d. h. ins Deutsche übersetzt, das für uns allein „gegebene" und berechtigt geltende Recht sei. Unzweifelhaft in hohem Grade verdienstvoll ist ja überhaupt auch dies Streben der Schule, ein „positives" Recht, statt eines utopischen, nur aprioristischen oder willkürlichen, unbedingten Naturrechts ꝛc. darzustellen! Was aber ist denn für uns wirklich „gegeben und berechtigt"? Etwa jene aprioristisch gefundene, zum Theil für uns erstorbene Phrase: geschichtliche stabile „Vergangenheit"? Das Ideal der Schule hätte wohl richtigerweise auch hier sein müssen: die „Erfahrung" (statt einer aprioristischen Forschung): welches Recht ist auf Grund der, allein exakten, als positiv allseitig anerkannten „Rechtsquellen" das heutzutage „gegebene" oder positive? So eben, wie unsere Praxis forscht! Wir werden daher im Verlaufe unserer Untersuchungen (§ 5—7) ersehen, wie erstens unsere sog. geschichtliche Schule schon auf geschichtlich lebenden Boden erfahrungsgemäß (empirisch) nicht vollständig positiv ist, weil sie ja schon da nicht selten eine, quellengemäß nicht mehr gegebene oder positive, weil erstorbene Geschichte der „Vergangenheit" lehrt. Noch mehr aber muß dies alsdann zweitens auf der anderen Hälfte des gegebenen Rechts der Fall sein, da, wo uns jede Geschichte im Stiche läßt, und welche daher logisch wie quellengemäß nur ein empirisch allein „gegebenes" Naturrecht sein kann! — Damit ein weiterer Nachweis, wie die historische Schule auch wieder nicht einmal dieses ihr Ideal einer „Positivität" erreicht, sondern auch den Begriff des berechtigt Gegebenen oder Positiven nur in romantischer Vergangenheit falsch erfaßt, soweit sie über das praktische Recht hinausgeht!

5. Ein fünftes falsches Ideal und ein Widerspruch der historischen Schule mit sich selbst ist, wie wir unten § 5 näher sehen werden, die Annahme, sie selbst sei frei von Willkür, die Praxis dagegen umgekehrt sei Willkür. — Diese Schule selbst nämlich erkennt ja an, daß im positiven Rechte die Rechtsquellen entscheiden; als solche werden von Savigny selbst u. a. neben dem Gesetze und Juristenrechte vor

Digitized by Google

allem das Gewohnheitsrecht anerkannt, auf welches ja Savigny sogar alles Recht zurückführen will (§ 2 III a). Trotzdem wendet beispielsweise in seinem Systeme — Savigny selbst willkürlich nicht diese Rechtsquellen, sondern praktisch in Wirklichkeit fast nur eine stabile „Gesetzgebung" des rein römischen, canonischen und älteren Reichsrechts an! Zudem den Prämissen seines eigenen Principienbaues von der Bewegung und Selbstentwicklung allen Rechtes entgegen! Das praktische Recht, das Präjudiz umgekehrt aber bezeichnet Savigny als Willkür, obgleich doch dieses allein correkt, neben der Gesetzgebung und dem Juristenrechte namentlich u. a. eben auch das reiche, heutige lebende „Gewohnheitsrecht" aufzeichnet! Dasselbe also, auf welches Savigny, wie gesagt, theoretisch doch alles positive Recht zurückführt! Wie läßt sich nun eine größere Willkür, — wenn auch geübt zu Gunsten des äußeren, gleichfalls romantischen Zweckes der historischen Schule: der vermeintlichen politischen Rettung der Staats- und Rechtsordnung durch Antiquitäten eines Rechtes der gesammten „Vergangenheit" (§ 1, 4 II), — denken? Savigny's Schule will so aber klassisch „romantisch" Willkür beseitigen, indem sie rechtsverletzende Willkür übt und überdies das, allein unwillkürliche correkte Handeln der Praxis auch noch verfolgt, welche doch nur den allein positiven Rechtsquellen gehorcht: dem Gesetze und Gewohnheitsrechte ꝛc.! —

6. Ein sechster Widerspruch. Die Prämissen, wie gesagt, der historischen Schule Savigny's selbst betonen, daß das Recht sich bewegt und entwickelt, wie jedes Leben (§ 2 III a): Und dennoch „bewegt" sich auch seine Lehre nicht mit den Rechtsquellen und lehrt diese Schule, wie erwähnt, einen romantischen Stillstand ihres eigenen Rechts bei einer gesammten stabilen „Vergangenheit", bei einem römischen, altgermanischen ꝛc. Rechte!

7. Ein siebenter Widerspruch ist bereits zu 5 miterwähnt. — Bekanntlich soll ferner, nach einer gelegentlichen praktischen Anschauung Savigny's selbst, wie wiederholt bemerkt, — alles Recht, somit auch das recipierte römische selbst, auf Gewohnheitsrecht speciell beruhen. (Sav. Beruf. 3. Aufl., § 2 S. 14, oben § 2, III a.) Nichts anderes aber, als solche Niederschläge und Krystallisationen eines heutigen, bindenden, lebenden und sich bewegenden Gewohnheitsrechts sind ja auch größtentheils die heutigen Abweichungen unseres praktischen Civilrechts von dem antiken, rein römischen, von welchem wir oben in § 2, I, 2 Beispiele aufgeführt haben. Dieses heutige, praktische, alles andere Recht abrogierende, theoretisch mehr als recht gefeierte Gewohnheitsrecht nun sollte nichtsdestoweniger romantisch verdammt und im Banne, das durch eben dies spätere heutige Gewohnheitsrecht längst abrogierte, stabile, antiquarische, rein römische ꝛc. Savigny's aber, sollte das geltende sein!

8. Ein achter hochromantischer Widerspruch endlich! — Alles Naturrecht, d. i. alles nicht stabile, durch den forschenden Geist erst neu zu findende Recht, stößt Savigny's Schule als deren Haupt-

Digitized by Google

gegner in eine tiefste Hölle; mit ihm ja auch die, doch mindestens zur Hälfte „geschichtliche" Praxis, welche dieselbe nichtsdestoweniger auch noch durchgängig mit Naturrecht verwechselt! Und doch, was sehen wir? Dieselbe romantische Schule wendet, ohne daß sie es weiß, selbst mindestens genau dasselbe Naturrecht an, wie die von ihr deshalb befehdete Praxis (§ 1, 5 I, § 7 A 1 und A 2 c)! Ja die ganze Grundlage ihres Principienbaues, ihr Recht der gesammten „Vergangenheit" selbst ist eine aprioristische oder deduktiv naturrechtliche; auch noch der „letzte Grund" alles positiven Rechts sogar soll allein in der Vernunft der Völker, also im Naturrecht! beruhen! Man vergl. in dieser Beziehung auch namentlich das treffende Urtheil Bekkers u. a. in § 7 A 2 c!

Das Facit nun des unter A Gesagten? — Die historische Schule lehrt in ihrer Prämisse im allgemeinen und will daher ein, im Volke „lebendes" Recht. Im Einzelnen aber erstrebt dieselbe so zwar folgende weitere, berechtigte Ideale: Ein 1. klassisches, 2. praktisches, 3. geschichtliches, 4. positives, 5. willkürloses, 6. sich bewegendes, 7. ein Gewohnheitsrecht und 8. ein von Naturrecht freies Recht. In der Ausführung stützt sich dieselbe aber a priori, statt auf ein erfahrungsgemäß gegebenes sich bewegendes „Leben" und seine Quellen unmittelbar, gerade umgekehrt, auf eine stabile, romantische „Vergangenheit". So aber erreicht sie in allen diesen ihren acht einzelnen, gewollten Endzielen und Idealen heutzutage das gerade Gegentheil des von ihr Gewollten, soweit sie über die, von ihr bekämpfte Praxis hinausgeht: Sie durfte daher gewiß vom Verf. wie Ihering und andern mit vollem Rechte als eine „romantische" bezeichnet werden!

B. Der Fanatismus und die zum Theil gewaltsamen äußeren Mittel der Propaganda der historischen Schule. — Einen Vorgeschmack, wie mächtig doch die historische Schule mittels äußerer Mittel, nicht blos mittels Gründen, zu wirken wußte? Ihn ergab schon das Zeugnis einer Autorität in unserem Vorworte. Dort wurde ja schon bemerkt, wie auch schon nach Ihering's Anschauung, welche wir in Ziff. II C erwähnen, der Verf. — zur Zeit seiner Erstlingsversuche zur Einigung von Theorie und Praxis auf praktischem Boden seit 1860 — es noch nicht wagen durfte, offen mit sachlichen Gründen zu sagen, daß er für das, doch real allein geltende, quellengemäß „praktische" Recht eintrete und auch nur den Namen praktisch in der Litteratur zu nennen. So fanatisch und mächtig wirkte damals noch die historische Schule durch äußere Mittel selbst gegen sachliche Gründe!

Die Anwendung aber solcher gewaltsamer Mittel durch die historische Schule erklärt sich einfach so. — Die „Ideale" der Schule, soweit sie über das praktische Recht hinausgingen, waren romantische und, wie wir soeben unter § 3 II A wohl in allen Einzelheiten ersehen, in keiner Weise erreichbar. Man konnte ja das erste Ziel der Schule: angesichts fortwährender Revolutionen des Naturrechtes der Neuzeit eine festere Rechts- und Staatsordnung, doch niemals durch ein

Digitized by Google

„vergangenes" leblos stabiles Recht, durch Antiquitäten erreichen! Um für ein anderes gegebenes heutiges Leben ein, dies letztere wirklich ordnendes Recht zu finden, bedurfte es vielmehr auch eines lebenden einsichtsvollen Rechtes: Ein vergangenes Recht ist hiezu untauglich! Genügt es denn, daß man ein gegebenes neues Leben einfach durch ein vergangenes ersetzt, i. e. das neuerstandene Recht einfach durch altes Recht ertödtet? Das vergangene Recht konnte ja tractu temporis Unrecht geworden sein, (§ 2 II a) und neue Verhältnisse können nur durch neues Recht geregelt und geordnet werden! — Das sah aber eine historische Schule wohl niemals ein! Sie sah zwar einerseits die Nothwendigkeit eines besseren Rechtes, als das des extremen, subjektiven Naturrechtes, welches mächtige Stürme und Revolutionen durch ungezügelte Philosophie Einzelner herbeigeführt; infolge ihres sich Fernehaltens von dem Leben und der Praxis aber *glaubte* die historische Schule dessenungeachtet gegenüber dem lebenden Rechte anderseits aus voller Ueberzeugung gleichfalls an die *Nothwendigkeit* und Tauglichkeit ihres hiezu untauglichen entgegengesetzten Extrems und „*vergangenen*" *Rechtes*. Man glaubte also bei dessen Nichtannahme in Leben und Praxis hier eine Anerkennung dennoch herbeiführen zu *müssen*, um mittels desselben Recht und Staat zu retten, obgleich so, mit einem solchen schadenbringenden entgegengesetzten Extrem eine Rettung unmöglich war: man wählte *Gewalt*!

Weil man nämlich dies vergangene Recht infolge dieser seiner, (der historischen Schule selbst unbekannten) Unwahrheit und Unmöglichkeit nicht durch eine innere Ueberzeugung und freiwillig bei uns einführen konnte, sah man in jeder Weigerung gegen dies, vermeintlich einzige und doch unmögliche Rettungsmittel gleichfalls nur ein Connivieren mit der Revolution! Ein solches Connivieren trat also nach der Meinung der historischen Schule nicht blos bei dem Naturrechte selbst ein, sondern eben auch: bei der sich weigernden „Praxis", welche die historische Schule ja infolge ihres Unvertrautseins mit dem geschichtlichen Leben des Rechts, auch noch immer mit dem Naturrechte überhaupt, verwechselte! (§ 1, 4 II). Und weil so die Praxis überdies gleichfalls das vermeintliche einzige taugliche Rettungsmittel der Rechts- und Staatsordnung der romantischen historischen Schule, das vergangene Recht verschmähte, weil man so auch bei ihr entweder revolutionäre Gesinnung oder zum mindesten Denkfaulheit präsumierte, weil anderseits die Praxis selbst auch ihre Gründe, ihre zwingenden Grundgesetze und Principien (ihre Schule) nicht zur eigenen Rechtfertigung darzulegen wußte, so glaubte man, wie gegen das Naturrecht, so auch gegen sie, diese widerspenstige Praxis und Wirklichkeit des Lebens mittels äußerer Mittel und mit *Gewalt* vorgehen zu müssen!

So erklärt sich die Anwendung einer *fanatischen* äußeren *Gewalt* durch die historische Schule! Sie wollte Recht und Staat retten: So ward eine geradezu nervöse Anwendung gewaltsamer, wenn auch untauglicher, äußerer, zum Theil *fanatischer* Mittel, um

Digitized by Google

durch ein entgegengesetztes Extrem ein gleichfalls unerreichbares Ziel auch gegenüber der Wirklichkeit zu erstreben, ein weiteres charakteristisches Merkmal des ganzen Gebahrens der historischen Schule! Wir glauben eben aus diesem Grunde die historische Schule auch noch mit einem weiteren Charakterzuge charakterisieren zu dürfen, welchen die Ueberschrift der lit. B zeigt. Wie wir soeben unter A aus Einzelnheiten begründet zu haben glauben, warum wir sie als eine „romantische" bezeichnen durften, so glauben wir somit jetzt weiter aus Einzelnheiten auch noch begründen zu können und zu müssen, daß wir die, von dieser romantischen Schule zur Ausführung ihrer aprioristischen Unmöglichkeiten angewendeten gewaltsamen und untauglichen äußeren Mittel, was Mannigfaltigkeit, Intensivität und Grausamkeit anbelangt, mit Recht auch als fanatische werden bezeichnen dürfen! Selbst trefflicher, gelehrter Kreise jener damals erregten Zeit bemächtigte sich ja wieder jener morbus aprioristicus (§ 1 Ziff. 5 I); ähnlich etwa, wie sich anderer überreizter Zeiten und ihrer unausführbaren Ideale etwa ein religiöser, ein politischer, ein socialer Wahn oder auch nur ein gleichgültiger Kunst- oder Modewahn, aber nichtsdestoweniger alles beherrschend, bemächtigte. Je mehr wir dieser Panik unseres 19. Jahrhunderts jetzt ferner stehen, umsomehr werden wir deshalb mit voller Ruhe übersehen müssen, wie es doch möglich war, damals zu glauben, ein, nur empirisch durch einsichtige Erfahrung mit Zuhülfenahme von Verstandesoperationen zu enthüllendes Ziel „des Wissens" werde man je im Staats- wie Privatrechte gewaltsam, mittels äußerer Mittel erstreben können! Diese „Gewalt im Wissen" gleicht da allenfalls der „Gewalt im Glauben" zur Zeit eines 30jährigen Krieges. Auch damals glaubten ja Gewalthaber einen wahren Glauben ihren Untergebenen mittels Gewalt einbläuen zu müssen? So ähnlich glaubte jetzt eine Wissenschaft der fanatischen, romantischen, historischen Schule, das wahre Recht nicht durch wissenschaftliche Ueberzeugung allein, nein, weil diese Begründung selbst nicht ausreichte, mittels Gewalt zu Tage zu fördern!

Welcher Art nun alsdann diese gewaltthätig fanatischen Mittel der historischen Schule waren? — Sie waren mannigfach, wie nur überhaupt diese gewaltthätigen Mittel solcher aprioristischer Systeme sich an romantischem Phantasiereichthum zu überbieten pflegen, wo immer es sich um höhere Interessen der Menschheit, wie Religion, Politik, Recht, Kunst ꝛc. handelt. Man raffte schließlich alle äußeren Mittel einer Politik unwählerisch zusammen und scheute kaum vor einem solchen mehr zurück. Jedes denkbare Interesse suchte man dem vermeintlich guten Zwecke und Rechtswahne dienstbar zu machen! — Ihren Haupterfolg erzielte diese historische Schule jetzt ohne Zweifel vor allem durch eine Presse; durch eine Beschlagnahme der gesammten, rein wissenschaftlichen, civilistischen Litteratur, welche, wie die Schrift Savigny's: „Der Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung ꝛc.", auch in die Massen eindrang. So machte sich dieselbe trotz aller ihrer Un-

Digitized by Google

möglichkeiten des § 3 II A, die Oeffentlichkeit der Laien schon widerstandslos unterthan; denn nicht nur die Praxis kannte ihre Principien bis jetzt nicht und: entgegnete, der Litteratur beraubt, niemals, sondern es schwieg auch das Naturrecht, welches wirklich der schuldige Theil war! Von dieser wissenschaftlichen Litteratur aus nun aber verketzerte die romantische historische Doktrin später auch mittels der Presse das lebende und praktische, pragmatisch von jeher geltende Recht und die Person, der Träger, die praktischen Juristen, ganz wie ein Naturrecht (§ 1 Z. 4 II). Auch diese Praxis somit schloß man auf diese Weise als Unrecht, als „unerleuchteten Bildungstrieb", überdies als „Willkür" (§ 5) von der wissenschaftlichen Litteratur aus. Man hinderte das Fortkommen der Personen und Träger dieses Rechts, der durch Erfahrung überzeugten Praktiker (§ 3 II C u. § 4 D IV). Weil aber auf diese Weise das Naturrecht alsbald zu Boden geschlagen war, und weil alsdann die Praxis allein nothgedrungen noch fortfuhr, trotzdem nicht das Recht der gesammten Vergangenheit in Savigny's Zeitschrift, System ꝛc., nicht „reines" römisches und sonstig überliefertes Recht allein anzuwenden, machte man mit scheinbarer Nothwendigkeit die Praktiker jetzt für die fortdauernde Möglichkeit von Revolutionen infolge der Nichtannahme des rettenden antiquarischen Rechts persönlich allein verantwortlich! Man glaubte deshalb ihrer anscheinend grundlosen, willkürlichen und verantwortlichen Weigerung einer Annahme dieses vermeintlich wahren Rechts der historischen Schule: — Gewalt entgegensetzen zu müssen. — Weit mehr, als die unwillkürlich gegebenen Gebote der Rechtsquellen des lebenden Rechts selbst, galten ferner da jetzt alsbald die, durch die Presse erzeugte Autorität des Hauptes dieser Schule, welches den Staat erhalten sollte, und schließlich selbstverständlich auch das Commando des Hauptes der Schule, welche eben a priori dies nicht mehr gegebene, zum Theil todte Recht zu einer geltenden Wirklichkeit beleben zu können vermeinte. Bald mußte man so — Angesichts des hohen äußeren Zweckes der Rettung von Staat und Recht — im Civilrechte auch selbst sachlichen Gründen, außer dem Koran der Antike, des rein römischen Rechts ꝛc. und den eingeschwornen Worten des Meisters, überhaupt nicht mehr zugänglich sein. Eine Organisation, dieselbe, welche mehr und mehr alle wissenschaftlichen Zeitschriften und Litteratur an sich zu ziehen wußte; eine Clique wußte so auch die Praxis mundtodt zu machen, so zwar, daß eben jetzt nicht mehr Gründe, sondern der äußere Anschluß an die Ziele der Schule für jede Leistung ausschlaggebend wurde. — Aeußere Verhältnisse überdies inmitten der Panik einer, an Revolution umwogten Zeit, verhalfen der Schule einer „alten, zum Theil todten Rechtsordnung" in der That zum Siege und zur Alleinherrschaft in einer, vom Leben sich trennenden Doktrin, wenn auch niemals im Leben und der Praxis selbst! — — Unglaublich ist es überdies, wie theils wirklich bedrohte, theils sich nur bedroht wähnende sonstige Interessen sich dieser Schule des unmöglichen aprioristischen

Digitized by Google

Rechts der gesammten Vergangenheit so äußerlich anschlossen wie noch immer anschließen und ihre Macht verstärken. Bald der noch berechtigtere, vorsichtigere, weiterblickende Cunktator, welcher wenigstens ein bloßes Reifen der Zeit abwarten wollte. Bald aber, und vor allem der gelehrte Doktrinär auch außer dem Civilrechte, welcher sein Wissen nur aus Büchern, aus der Litteratur überhaupt, schöpft, in welchen ein praktisches Recht bisher noch nie principielle Vertretung fand: ihm war quod non in actis, non in mundo! Bald schloß sich diesen die Schaar der Schwächlinge, Gefühlvollen und Furchtsamen an, die bekannten späteren Heuler noch des Jahres 1848, welche bald falsche Pietät für Rechtsverletzung, bald das Haften am gewohnten Alten und Furcht vor jedem, auch dem besseren Neuen, vor allem aber der Weckruf der Revolution allein schon bestimmen konnte. Man untersuchte nicht, ob die Revolution in der That von einer Wirklichkeit und Praxis ausgehen konnte!! Ein Theil des Adels ferner, welcher im privatrechtlich aufgefaßten Lehensstaatsrechte der „Vergangenheit" dereinst in der That allein politische Rechte genossen hatte, jetzt aber im Staatsrechte der Gegenwart Rechte verlor und Pflichten und Rechte mit denjenigen übrigen Staatsangehörigen theilen sollte, welche jetzt durch ihre öffentlichen Pflichten und Leistungen, durch Steuern, den jetzt allgemeinen Militärdienst neben ihm den Staat gleichmäßig stützen. Der Theil des Adels insbesondere, welcher nicht auch heute noch berechtigte Vorrechte für besondere öffentliche Leistungen in ersten Kammern, in Herrenhäusern, Lordschaften genießt, mochte ja glauben, durch dies Recht der Vergangenheit noch seine ausschließlichen, ihn mit „Unrecht" geraubten (denn Vergangenheit war ihm Recht) politischen Privilegien zurückzuerlangen. Aus ähnlichen Gründen schloß sich ihm ein Theil eines Clerus an, welcher im früheren Mittelalter ja, allein im Besitze der antiken Bildung und Rechtskunde, den Staat bevormundete, so namentlich seit Carl dem Großen, selbst politische Herrschaft errang, und welchem gleichfalls historische Rechte entzogen wurden. Namentlich aber die Regierungen, welche, wie gesagt, unmöglich ein doktrinär aprioristisches Lehrgebäude des Civilrechts studieren und allein völlig durchschauen konnten! Diese sahen sich von doktrinären vermeintlichen Staatsrettern der romantischen Schule des Rechts der gesammten Vergangenheit geradezu umdrängt und umklammert, welche sie lange Zeit hinderten, die Bedeutung und Berechtigung eines „Rechtsstaates" des unwillkürlich „lebenden" Rechts der Gegenwart früher zu erkennen und das neue Recht neben dem alten in diesem Rechtsstaate zu achten. Diesem Gefolge schloß sich dann als Troß etwa ein Chorus von feilen Lobdienern an, welche stets einen Absolutismus wie jede öffentliche Gewalt umkreisen, von Strebern und Intrikanten unter den Staatskünstlern, welche den Machthabern — auch bei gediegenem Fortschreiten einer Praxis nur die von einer revolutionären Aktion des extremen Naturrechts drohenden

Digitized by Google

— Gefahren des Staates und der Kronen an die Wand malten; nicht immer, um diese wirklich zu retten; Gott bewahre; sondern um sich selbst als angeblichen Staatsrettern von Profession bessere Stellen, Carriere, Orden zu sichern, während sie möglicherweise den Staat und das gegebene Recht durch eine Revolution der Reaktion an den Rand des Abgrundes führten, statt ihn durch Gehorchen gegenüber dem geschichtlich lebenden, unbeugsamen, unwillkürlich von höherer Macht gesetzten Rechte zu retten!

Es ist so wohl begreiflich, wie nach einer französischen Revolution alsbald in ähnlicher Weise die Partei-Kämpfe, die fanatischen Leidenschaften für das alte Recht rege werden konnten, wie zuvor für das neue! Wie ein Theil auf die Gefahren des Parlamentarismus in der französischen Revolution, die Gegner wieder auf die noch größeren Gefahren eines Absolutismus eines Ludwig XIV, des l'état c'est moi, auf dessen den Staat zersetzenden Einfluß, auf das bessere Beispiel Englands, auf die Nothwendigkeit der Vermittlung des alten und neuen Rechts hinweisen mußten! — — Dies war ja jene Zeit, in welcher edle Männer unseres Volkes das Recht der Gegenwart bald erkannten und bald verkannten; jene Zeit, in welcher einerseits eine Schule Savigny's offen zur Umkehr und Reaktion rieth (§ 4 C), während anderseits Träger einer Vermittlung der Extreme, ein Reichsfreiherr von Stein und andere es beklagten, daß Vertreter des Rechts einer Vergangenheit die Fürsten zur Nichterfüllung des Versprechens einer Constitution drängten; die Zeit, in welcher auch der Ungestüm einer Jugend, der Burschenschaft, schwer beahndet, für dieselbe Entwicklung eines Rechts eintrat, um welches sich später doch — zu spät — ein Congreß von Fürsten selbst vergeblich bemühte! — Dies die Ursachen des Fanatismus der historischen Schule!

Alles sich unwillkürlich bewegende und fortschreitende Leben des Rechts aber gelangt trotz allen Fanatismus dennoch und auch ganz von selbst, durch seine eigene Macht und Wucht — durch das Naturgesetz seiner friedlichen oder kampfesreichen Selbstentwicklung — trotzdem zum Siege; ähnlich wie etwa das Kind trotz seiner und seines Mentors Weigerung zum selbständigen Mann und zum Greise werden würde! Aeußere gewaltsame Mittel einer historisch romantischen Schule und selbst ein Fanatismus vermochte daher auch diese geschichtliche Bewegung, selbst auch, wie man wollte, in unserem Staatsrechte, gerade ebensowenig zu hemmen, wie die nichtsdestoweniger eintretende stillschweigende Bewegung unseres lebenden und praktischen Rechts in dem Präjudize unseres Civilrechts (§ 2 Ziff. I, 2 u. II a, § 4 C c) — — Wenn sich so aber selbst im Staatsrechte ein sich „bewegendes Leben" des Rechts dennoch unwillkürlich und unaufhaltsam verkörperte, und das sich dagegen stemmende, aprioristisch erträumte Recht einer gesammten Vergangenheit der historischen Rechtsschule trotz allen Fanatismus wegfegt, wenn selbst hier brutal fanatische Gewalt nicht länger, als kurze Momente hemmt, nutzlos höchstens die Erbitterung steigert, Blut verlangt, und



Digitized by Google

schädigt, ohne zu nützen: welche Moral muß hieraus für eine fanatische historische Schule des Rechts einer gesammten „Vergangenheit" überhaupt erwachsen? Wohl, daß ein Fanatismus dieser Schule, ebenso wie neuerdings im Staate, auch in der Doktrin unseres Privatrechts, niemals dauernd thatsächlich wird herrschen können, weil er ja auch da den Lauf des geschichtlichen Lebens niemals durch seine Theorien hemmen kann. Wann wird eine historisch romantische Schule dies vollständig einsehen? So wird auch diese historische Schule unterliegen, wie allüberall in dem Leben und der Praxis der gesammten Culturwelt. Umsomehr, als sie auch in dem Lande ihrer Schöpfung, in Deutschland in unserer Doktrin schon thatsächlich wenigstens unterlegen ist, indem auch unsere neueste Doktrin jetzt ja, wie gesagt, selbst bereits das lebende „Präjudiz" der Praxis in ihre Pandekten aufnimmt und zustimmt, daß ein lebendes Recht im Gegensatze zu dem rein römischen ꝛc. Rechte der gesammten Vergangenheit durch „Gesetzgebung" fixiert wird! — — Wir werden nun versuchen müssen, die einzelnen Charakterzüge dieser, von einer theoretisch herrschenden historischen Schule allerdings bona fide geüben Gewalt näher unter Beweis zu stellen! — —

Einzelne Charakterzüge der historischen Schule und ihre Beweise.

1. Vor allen Dingen ist hier der gute Glaube und der vermeintlich gute Zweck der historischen Schule nachzuweisen! Eben dieser allein führte und konnte die Schule zu einem Fanatismus führen! Nur wenn diese Schule bona fide wegen eines unzweifelhaft guten Zweckes: zur Staatserrettung, ein vergangenes Recht, Rechtsantiquitäten für nothwendig hielt, konnte, mußte sie dies Recht auch mit allen Mitteln, selbst der Edelsten herbeiführen wollen! — Anderseits mußte man freilich auch eine historische Schule zu solchen Zwecken gefügig erachten! Denn wenn der Gründer dieser Schule, Hugo, im historischen Rechte, welches im Principe nicht mehr real galt, um so größeres wissenschaftliches Interesse fand, je weniger es real geltendes, i. e. praktisches Interesse bot, wenn er schon eine Rechtswissenschaft begründen wollte, welche im Principe keinen Zweck hatte, nirgends anders mehr galt, als etwa in Utopien und Thule, warum sollte sich dieselbe Wissenschaft nicht zu jedem beliebigen anderen Zwecke, zudem zu dem vermeintlich erreichbaren guten Zwecke einer Staatserrettung, dienstbar machen lassen? — Einen solchen guten Zweck nun bei der näheren Begründung seiner Schule betheuerte deren Haupt Savigny in glaubwürdigster Weise wiederholt. Vergleichen wir Belege! Es ist bekannt, wie Savigny sofort bei der Einleitung seines Kampfes gegen das Staatsrecht wie gegen die Praxis schon, sofort in seiner ersten Streitschrift vom Berufe unserer Zeit (1813, 3. Aufl. § 1 S. 1 ff.) zu diesem Bruche mit der gewordenen Geschichte, selbst zum Rechtsbruche der deutschen Fürsten (§ 4 C. c.) drängte und dabei, auf seinen aprioristischen Rechtsgrund gestützt, fortwährend seinen guten Glauben

Digitized by Google

zeigte und betonte, welcher später recht wohl auch einen Fanatismus zur Erreichung des vermeintlich guten Zweckes im Gefolge haben konnte! „Darum ist es nicht Anmaßung — sagt ebenda Savigny — „sondern recht und gut, wenn jeder, der ein Herz! hat für seinen „Beruf und eine klare! Anschauung von demselben, diese Anschauung „öffentlich mittheilt. — — Denn gerade im bürgerlichen Rechte ist der „Unterschied der gegenwärtigen und vergangenen Zeit recht augen„scheinlich, — die erste Frage darf doch wieder sein: was ist recht „und gut? — Die Sache trägt doch wieder ihren „Zweck" in sich selbst, „die Fürsten können wieder thun nach ihrer „Ueberzeugung" ꝛc. ꝛc. Von diesem guten Glauben und der aprioristischen Selbsttäuschung Savigny's, daß alles positive Recht nur durch eine gesammte geschichtliche Vergangenheit gegeben, und weiter noch von seiner Verwechslung des geschichtlich lebenden praktischen mit dem staatsgefährlichen Naturrechte (§ 1 Ziff. 4 II) ausgehend, erklärt sich auch noch eine Reihe anderer falscher Folgerungen. So ähnlich nennt ja Savigny jetzt (Beruf S. 4, 5) eben auch im Civilrecht den in der gesammten Culturwelt fortwährend gegebenen Zug jeder Zeit zur Feststellung des lebenden Rechts durch einheitliche Gesetzgebungen eines Volkes und seiner praktischen Wohlthaten einen völlig „unerleuchteten Bildungstrieb", obgleich doch diese generelle Gesetzgebung im Civilrechte nichts ist, als eine bessere, einheitlichere Redaktion der bereits früher eingetretenen Bewegung des Rechts, des in unseren Partikulargesetzgebungen bereits gegebenen, aber dort grundlos, sinnlos zerrissenen Rechts und eine Aufzeichnung des neuen, gemeinrechtlichen Gewohnheitsrechts, welches Savigny selbst als die vornehmste geschichtliche Rechtsquelle bezeichnet und dessen Aufzeichnung er anderswo (Beruf Ziff. 8 S. 132) selbst vorschlägt! Dem gegenüber bemerkt er aber (S. 5 f.): „Geschichtlicher Sinn sei überall erwacht, und neben diesem habe jener bodenlose „Hochmuth"! keinen Raum." Gewiß ein erschreckender Beweis, wie sehr Savigny jede Forderung selbst des geschichtlichen Lebens und Bewegens schon verständnislos, von der Tendenz geblendet, für Ausfluß des Naturrechts und Hochmuth betrachtete! Daran eben anreihend zeigt sich jene gutgläubige, politische Wahnvorstellung seiner Schule, durch sein zum Theil abgestorbenes Recht einer Vergangenheit, diese Verletzung des jetzt geschichtlich lebenden Rechts, Thron und Altar zu retten; denn (sagt Savigny S. 5), „was dieser Trieb in Religion und „Staatsverfassung" gewirkt, ist bekannt." So mußte auch der gute Glaube im Bunde mit aprioristischen Täuschungen und der unten zu berührenden Tendenz einer Clique, welche schließlich selbst Gründe verschmähte, Savigny's Schule ebenso zu gefährdender Gewalt und zu fanatischen Revolutionen nach rückwärts führen können: im Staats- wie Privatrecht, wie früher das entgegengesetzte aprioristische Extrem des Naturrechts zur Revolution nach Vorwärts! Denn was läßt sich nicht alles mit solchen aprioristischen, erfahrungswidrigen Phrasen beweisen und bemänteln? Nahezu



Digitized by Google

nichts ist von jeher ja doch rasender, als der Mensch in diesem seinem aprioristischen Wahne des Rechts. So sahen wir denn auch nicht blos zuvor schon ein aprioristisches Naturrecht seinem selbstgeschaffenen Götzen einer uneingeschränkten Vernunft und Freiheit ihres neuen Rechtes rasende Orgien und Menschenopfer entgegenbringen: Nein! wir sehen in der Folge auch in Deutschland alsbald umgekehrt bona fide die Edelsten unseres Volkes dem reagierenden aprioristischen Rechtswahne der Möglichkeit einer Wiederbelebung des gesammten „vergangenen Rechts" einer historischen Schule huldigen und diesem a priori selbstgeschaffenen Phantome, das geschichtlich wirklich gegebene Recht einer maßvollen Freiheit sei staatsgefährlich (§ 1 Ziff. 4 II), selbst die Existenz von Menschenleben zum Opfer bringen; bis sich durch die Ereignisse späterer, jüngstverflossener Jahrzehnte die Rechtswidrigkeit der beiderseitigen Extreme mehr und mehr entlarven mußte: des Naturrechts sowohl als der historischen Schule!

2. Ein aggressives Streben nach Alleinherrschaft, zu welchem dieser gutgläubige Fanatismus die historische Schule von selbst drängte, mußte von selbst den letzteren Zug resultieren. — Auch dies zeigt sich in den Schriften der historischen Schule ausgeprägt. Mit der Annahme eines politischen Charakters der historischen Schule nämlich seit Savigny drängte schon dessen guter Glaube und sein hohes, äußeres Ziel einer Rettung der Staats- und Rechtsordnung diesen von selbst auch zu diesem weiteren Charakterzuge: zur Propaganda und schließlich zu dem Streben nach „Alleinherrschaft" in Theorie und Praxis. Dieser Zug war es, welcher eben jetzt auch die Ausschließung jeder anderen Rechtsanschauung, nicht blos des revolutionären Naturrechts, sondern auch des, allein geschichtlich lebenden praktischen Rechts erstreben mußte. Um so „herrischer" mußte auch dieser Charakterzug auftreten, weil ja, wie bereits erwähnt, die unmöglichen Ideale und die fanatischen Mittel der gutgläubigen historischen Schule nirgends in Leben und Praxis durchdrangen, und die Schule begann, in diesem Widerstreben gegen ihren, an sich edlen und für nothwendig gehaltenen Zweck nur persönliche Gegnerschaft und revolutionäre Anwandlungen zu ersehen!

Dieser Charakterzug, diese Art des Angriffs, der historischen Schule gegen die nur unbewußt (stillschweigend und concludent) und doch nur unwillkürlich handelnde Praxis war für diese ganz neu und war gleichfalls Ursache eines weiteren Fanatismus! Zuvor nämlich ging unser praktisches Recht neben den doktrinären Rechten der historischen Glosse wie des Naturrechts und selbst Hugo's noch, hie und da zwar allenfalls infolge ihrer theoretischen Bewußtlosigkeit mißachtet, aber doch wenigstens im großen Ganzen harmlos und friedlich einher. Man ließ eine praktische Forschung, namentlich deren Gewohnheitsrecht schon in Italien seit der Glosse und den Postglossatoren ungestört walten und betheiligte sich daran. Auch noch nach der Reception des römischen Rechts in Deutschland, wie gesagt,

Digitized by Google

lehrten ja sogar die deutschen Universitäten in ihren lecturae — diese Praxis des mos Italicus selbst! Neben der französischen humanistischen Schule eines Cujas ferner bestanden die praktischen coutumes, neben den holländischen und deutschen Schulen bestand später noch die Praxis des usus modernus pandectarum ꝛc. unangefochten. Dies änderte mit einem Male Savigny's politisch historische Schule in aggressiver Weise!

Den Beweis dieses aggressiven Vorgehens der historischen Schule ergiebt das, schon in § 1, 4 II erwähnte Programm der Zeitschrift Savigny's für geschichtliche Rechtswissenschaft von 1815, Bd. I S. 1 ff. Dasselbe anerkennt nämlich S. 1 und 2 nur noch zwei Schulen: eine geschichtliche und eine ungeschichtliche, präcisiert aber gleichzeitig S. 6 die geschichtliche Schule als ein Recht einer bloßen, gesammten „Vergangenheit". Eine Praxis nun zeigt zwar gleichfalls ein reales geschichtliches Recht, aber keine „vergangene", sondern eine lebende Geschichte: Sie war also hiedurch allein schon in aggressiver Weise thatsächlich „ausgeschlossen"; diesen Ausschluß bestätigen zudem alle Schriften der eigentlichen historischen Schule thatsächlich: Savigny's Zeitschrift, Besitz und System. Keine beachtet mehr die Praxis, wie der vorausgehende usus modernus! Und überdies spricht dasselbe Programm Savigny's (Zeitschrift I, S. 12) diesen aggressiven Ausschluß auch noch mit direkten Worten ausdrücklich aus: „Aufsätze von blos praktischer Beziehung sind ausgeschlossen"! Seine historische Schule beschlagnahmte nach und nach auch noch alle rein wissenschaftliche Litteratur des Civilrechts: Damit aber gab dieselbe ihrer aggressiven Sucht, allein im Rechte herrschen zu wollen, die Folie. — Der Grund endlich dieses aggressiven Ausschlusses war offenbar der, daß der, in der Litteratur, nicht aber im Leben des Rechts erfahrene Savigny das praktische Recht als allein geschichtlich lebendes, positives Recht vollständig mißkannte! Bd. I S. 14 nämlich derselben Zeitschrift von 1815 erklärt er weiter, daß der Zweck der, von ihm aufzunehmenden Abhandlungen lediglich auf die „wissenschaftliche", insbesondere die geschichtliche Seite des Rechts gerichtet sei. Er fährt dann weiter: „Was daher auf den sogenannten praktischen Zweck, „d. h. auf die unmittelbare und mechanische Erleichterung der Rechts„pflege, des Richteramtes und des Advokatengeschäftes berechnet ist, „liegt außer dem Plane der Zeitschrift." Das war es. Das praktische Recht, diese Erfassung des jeweilig positiven Lebens des Rechts, welches bei Savigny's eignen Vorbildern, bei den praktischen Römern die höchsten Triumphe feiert, verkennt so Savigny als „Mechanismus, als Geschäft", und deshalb sein aggressives Vorgehen von dem eingebildeten Standpunkte einer höheren aprioristischen Wissenschaft: schließlich eines Begriffshimmels! Dieser verschrobenen Anschauung blieb seine ganze eigentliche Schule bis zur Uebergangsjurisprudenz eines Ihering, Gerber, Windscheid treu. Wie wir in § 4 B a ersehen werden, entwickelt noch der, sonst weit mehr der Einsicht zugängliche Historiker

Digitized by Google

Stintzing, und zwar noch selbst im Jahre 1880! in seiner Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, ähnliche unglaubliche Anschauungen über praktisches Recht, welches er für so unwissenschaftlich hält, daß er es sich gar keines Systems fähig denkt! Erklärt aber wird ebendort (§ 4 B a) dies ganze Vergehen daraus, daß diese romantische Schule nur die schöne „Form", nicht den wahren, realen Inhalt des Rechts achtet, indem sie nur nach classischem vergangenen Rechte schürft! Und wenn auch, an anderer Stelle seiner Zeitschrift I S. 14—15, Savigny mit Worten sich feierlich dagegen verwahrt, „jede praktische Ansicht" ausschließen zu wollen, so schließt er dies lebende Recht dennoch durch die That aus. Er konnte damit höchstens die Praxis nicht ausschließen wollen, welche sich seinem falschen, antiquarischen Rechte fügt, d. h. die, welche sich selbst aufgibt!

Ist so der Ausschluß des Rechts unserer höchsten Gerichtshöfe und der gesammten Praxis mit ihren objektiven, wissenschaftlich nachweisbaren Gründen aus der rein wissenschaftlichen Litteratur durch Savigny selbst an sich schon ein aggressiv fanatischer Akt, so werden wir jetzt unter 3 und 4 weiter sehen, wie dies Vorgehen des doktrinären Meisters in dessen Schule und Clique noch an Fanatismus überboten werden mußte!

3. Die „Clique" der historischen Schule. — Das Bestehen einer solchen beweisen vor allem unter anderem die schweren Klagen des einstigen Naturrechtsanhängers Thibaut, welcher durch Veröffentlichung seiner Flugschrift „Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, Heidelberg 1814" und sein Votum für eine nationale deutsche Civilgesetzgebung den äußern Anstoß zur Entstehung einer historischen Schule geboten hatte. Im Archive für die civilistische Praxis von 1838, Bd. 21 Seite 391 f. klagt derselbe laut und öffentlich u. a. über „Catheter-Affektation, Herrschsucht, Parteigängerei, Beschützung sklavischer Anhänger durch Empfehlung zum Staatsdienst, lobende Recensionen, schnöde Behandlung derer, welche frei in der Mitte stehen oder der anderen Schule angehören sollen". Er habe lange dem Unwesen schweigend zugesehen, wenn auch mit bewegtem Herzen. Nie habe er sich eine Partei zu bilden gesucht ꝛc. Nicht dieser allein! Wie bereits (in § 1, 5 II S. 133 f. oben) erwähnt, haben das Bestehen einer solchen Coterie ja bis zu einem gewissen Grade auch vorurtheilsfreiere Anhänger der historischen Schule selbst zugegeben. So Stintzing (in s. Schrift: F. C. v. Savigny, ein Beitrag ꝛc., Berlin 1862 S. 46—47); vielleicht auch die, dort erwähnten Bekker und Rudorff, obgleich freilich einerseits sowohl jüngere Kräfte kaum stets in das innere Getriebe der Leiter, und anderseits die Leiter selbst umgekehrt kaum in das Thun ihrer Umgebung so ganz eingeweiht worden sein werden und ebendeshalb auch nimmermehr für alle Ueberschwänglichkeit der Epigonen verantwortlich erklärt werden können. So sehr auch die Anwendung solcher — Gewaltmittel zur Lösung einer objektiv wissenschaftlichen Frage —

Digitized by Google

das Fortschreiten der Wissenschaft hemmen mußte (§ 1, 9 I): vom Standpunkte des guten Glaubens der Schule (Ziff. 1) war eine Parteibildung menschlich und auch bis auf Uebertreibungen selbst entschuldbar. Sollten Männer, welche eben glaubten, Recht und Staat durch ein besseres Recht, als das revolutionäre Naturrecht, retten zu müssen; dem menschlichen Organisationstriebe entgegen es unterlassen, sich zu vereinigen? Die Vereinigung ergab sich ja auch aus dem Erfolge: Alle Litteratur des Civilrechts wurde mit Rechtsgeschichte überladen, der Staat ferner, den die Savigny, Stahl und andere großzogen, ward der Polizeistaat der Metternich ꝛc., welcher zur Bannung einer vermeintlichen Gefahr des Lebens und sich Bewegens des Rechts wirkliche Staatsgefahr, veraltetes, jetzt rechtsverletzendes Recht, Störung oder Corrumpierung der Gerichte beförderte, die Staaten fortwährend an den Rand der Revolutionen führte, und gewissenlosen Strebern Gelegenheit zum Ausbeuten des, durch sie in das Bockshorn eines Pan gejagten Staates, Emporkommen zu hohen Stellen, Auszeichnungen, Orden ꝛc. gewährte! Jeder Praktiker aber, welcher für die Wahrheiten des praktischen Rechts als Professor und Richter eintrat, konnte die Vergewaltigung am eigenen Leibe erfahren, so daß er keinen Augenblick daran zu zweifeln brauchte. Die Clique wirkt jetzt noch nach (§ 3 IV, § 4 IV D ꝛc.). So wäre das Bestehen einer Clique durch eine innere Nothwendigkeit auch dann wohl zur Genüge dargethan, wenn wir keinen Brief mit Siegel über ihre Constituierung und „Verschwörung" „urkundlich" vorlegen können! Was gehört denn zur Entstehung einer solchen Clique, welche nicht mehr anders denken will, als ihr lebensunerfahrener Meister und auch andere Praktiker mit Gewalt an wissenschaftlichem Denken über die Berechtigung ihres eignen Rechts hindern will, weil sie alles andere Recht für staatsgefährlich hält? Schuf sie nicht der berühmte Meister schon durch die Behauptung dieser Staatsgefährlichkeit (§ 1 Ziff. 4 II)? Schuf er sie nicht dadurch, daß er die Praxis und Wirklichkeit neben dem Naturrechte ausschloß (oben 2)? Braucht sie da noch eine besondere Organisation? Findet sich diese alsdann nicht von selbst? Sie organisierte sich von selbst! Da ist dies Zusammengreifen einer Clique schon bald eine allgemeine Präsumtion, welche sich dann von selbst an alles Große haftet, solange es groß erscheint; sie ist bald ein Princip der Stetigkeit, eine vis inertiae der Bewunderung, welche in ihrem Vorgehen nirgends sofort Maß zu halten weiß! Sie liegt in der Atmosphäre, drängt sich, bald wie geschlossen, begeistert an den Sieger heran in die vordersten Reihen; sie drängt sich ihm auf; denn: mancher, nicht erwünschter Mitläufer mag sich ja auch da in den erregten Haufen der Gasse mischen: Sie wächst lawinenartig! Es ist dies das Johlen der Volksmassen, sobald ein gewaltiger Mann mit großem Cortege über Markt und Gassen reitet: sei es als Sieger, sei es als Besiegter. Bald: das ave Caesar und ein Hosianna, bald aber ein crucifige! Es ist ferner das Nachjagen des Geschäftsmannes und

Digitized by Google

Speculanten, welcher von einer Huldigung oder auch nur einer Verdeutschung eines neuen, bisher unbekannten, Wirkens eines Großen für sich selbst gewinnen will, bald an materiellem Vortheile, bald an äußerer Ehre, und welcher sich so wieder eine, nebenbei ihn selbst anstaunende engere Clique bildet, innerhalb welcher er, um gleichfalls Einfluß zu gewinnen, dann noch weit päpstlicher ist, als der Papst! Es ist dies dann auch noch das schlotternde Nachlaufen des halblahmen Schwachen und so manchen Furchtsamen der Neugierigen der Gasse, eben weil jener groß und mächtig ist. Es ist so in der Litteratur zum Theil das Publikum selbst: ein Stück von uns allen: von uns Menschen! Es sitzt unwillkürlich zum Theil in uns selbst, obgleich wir doch gewiß niemals für eine Clique und Claque bezahlt worden! Denn sobald eine große Geistesarbeit gethan, entledigen auch wir uns allzugerne der Last weiteren Denkens, nur um Ruhe zu haben: Wir haben nicht zu allem Zeit! Uns schreckt nach den eigenen Lasten des Tages schon der bloße Gedanke, geschweige die Gefahr, die Denkresultate eines solchen Geistesringens und Großen — selbst wenn sie durch die naivsten Gründe zusammenbrechen würden, wie: die Unmöglichkeit eines „vergangenen" Rechts! — von Neuem nachzudenken, zu prüfen, um uns das Riesenwerk auf besseren Grundlagen neuzubauen. Wir werden Philister! Wir applaudieren eben dem Großen und Mächtigen, wenn er vorüberfährt, schon weil er groß genannt wird: auch wenn er uns allen geschadet, solange wir nicht Specialisten werden, oder solange nicht ein anderer Specialist den naiven Kern löst. Wir wollen unseren täglichen, uns vermeintlich näher gehenden Geschäften wieder ungestört nachgehen: Und hinter allem Guten und Großen, selbst hinter der naivsten Wahrheit, liegt ja unter Umständen so viel Schweiß! So war also eine solche Clique beispielsweise schon: die corona, welche dereinst den Volkstribun umgab, oder das Zujauchzen, welches damals einem I. Napoleon bei uns selbst galt, als er uns unterjochte; ganz wie jetzt die Litteratur der Gelehrten, welche einem Savigny applaudiert, obgleich er unserem Volke theils genützt, theils im Leben tief geschadet! Denn selbst eine solche Clique, welche sich hier ganz ohne Verabredung von selbst bildet, reißt ja zeitweise alles mit sich fort; wer sich ihr nicht fügt, ist ein Sonderling! — — Nur dort zuckte es vielleicht eben in unsere Praxis wieder bei einer neuen Antiquität der historischen Schule unwirsch auf! Aber: ohne, daß sich ja diese Praxis sofort zu helfen wüßte, denn auch ein quälendes strictum jus schien ja Recht; und die Praxis kennt ihre Gründe, ihre Schule nicht: höchstens daß ein stummes Präjudiz reagierte. Aber auch das geknechtete Leben selbst leidet (§ 4 A) — und: schweigt. — Denn es ist der Technik, der Gründe der Gelehrten vollständig unkundig; es fühlt nur! — Nur dort vielleicht sitzt noch in einem oder dem anderen Winkel, noch jetzt vereinsamt, ein oder der andere Graubart; ein Germanist, ein Praktiker ꝛc., er erinnert sich beinahe noch der Zeiten, wo ein Savigny mit seinem vergangenen Rechte nicht herrschte;

Digitized by Google

ja in der Praxis herrschte er noch heute nicht; und Väter oder Großväter haben ihm vielleicht wenigstens von dem schädigenden ersten gewalthätigen Auftreten seiner fanatischen, politisch erregten Schule erzählt: Er betheiligt sich allein nicht — seht ihn doch — an jenem „allgemeinen" Jubel der Gasse, an dem allgemeinen Auflaufe! Der Seltsame! Warum denn? Man glaubt, er denkt und träumt jetzt von einem Teutoburger Walde, von einem Reichsfreiherrn von Stein, von einem Scharnhorst und Blücher, mit dem er auch den fremden großen Eroberer, den Buchstaben Roms vom Boden des nationalen Rechts verjagen und das eigene lebende Recht emporheben möchte zu einer lebenvolleren heutigen Classicität, zu einer Selbständigkeit der Staatsleitung! Zum Geiste des römischen Rechts! Hilft nichts! Zur That bringt er es nicht. Der Mann ist ja für die erregte, heute noch vor dem Sieger taumelnde Masse zur Zeit doch nur entweder der Schöngeist oder der bloße Wassertrinker und δύσμορος ἀνήρ; selbst wenn er ein Demosthenes wäre: Weil er ja doch, auch wenn er zur That schreiten will, eben nur Wasser trinkt und so dem Rausche der Masse nicht zuzujauchzen versteht, welche sich selbst für ihren Unterjocher, einen Philipp von Macedonien zu begeistern vermag: Man hört ihn, solange der fremde Sieger im Vollbesitze seines fascinierenden Rufes und seiner Macht ist, auch gar nicht. — — Das aber ist im Rechte der, von selbst eintretende Erfolg des Thuns einer sich unwillkürlich bildenden Clique gewesen, welche sich in der Oeffentlichkeit einer Litteratur dem siegenden Savigny anschloß und neues Denken, sowie Rückkehr zum nationalen positiv lebenden Rechte unseres Volkes erschwerte. Diesen Erfolg erzielte die Clique der historischen Schule, trotz deren falschen Rechtes, mit Zuhilfenahme der, schon im Eingange der lit. B, S. 284 ff. erwähnten Mittel. — — Hätte eben ein opferwilliger, im real lebenden oder praktischen Rechte geschulter Jurist zur Blüthezeit der historischen Schule versucht, die trostlosen Schädigungen des Lebens durch das vergangene Recht Savigny's nach Art des § 4 a. A., und anderseits die Unmöglichkeiten der Lehre so manchen vergangenen Rechts (z. B. § 2 IV) aufzudecken: was wäre geschehen? Er wäre — ob des vermeintlich erreichbaren höheren politischen Zweckes: der Staatserrettung durch Antiquitäten schon — unter stillschweigender Gestattung der Leiter der historischen Schule — durch ihre Clique und Meute in der Litteratur ohne Angabe von Gründen zermalmt oder todtgeschwiegen worden, seiner amtlichen Stellung als Professor oder, wie bis 1891 noch heute, wenn auch in abnormer Weise, in einem deutschen Bundesstaat geschehen, (§ 4 D IV) mittels Polizeikünsten seines Fortkommens als unabsetzbarer Richter beraubt worden! Jedes so an dem Ketzer statuierte abschreckende Exempel sollte dann ein Fortschreiten des Verständnisses unseres gegebenen, lebenden und praktischen Rechts wieder zurückwerfen und die unduldsame, fanatische Herrschaft der doktrinären historischen Schule, ihr Streberthum von Neuem festigen helfen! Der Apparat

Digitized by Google

der Clique, welchen so bona fide orthodoxe Juristen einer unfehlbaren Schule eines vergangenen Rechts um eines höheren Zwecks willen geschaffen, wirkte ja in der That so vortrefflich: wie eine von bloßen Mechanikern oder Maschinisten, von getäuschten wie selbst von nicht getäuschtem Streben geschäftsmäßig bediente, Vernichtungsmaschine, ohne ob des höheren oder doch rentablen Zweckes noch selbst auf sachliche Gründe zu hören! Man blies eben nur auf Seite der Doktrin so etwa Stichworte: wie „Naturrecht", „praktisch" (das Wort, welches ja mit einer Naturrechtsschule verwechselt und identificiert wurde!) oder „unhistorisch", auf Seite der Praxis aber die Worte „Theorie"! (§ 4 D IV) in die Maschine hinein, und — sie vernichtete blind. Man schwur da eben allein in verba magistri und auf die Tendenz! Auch edlere, bessere Denker der Doktrin mußten und wollten aus manchfachen Gründen sich fügen. Aber doch unter den Todten selbst der Historiker Stintzing beispielsweise begann, obgleich Anhänger der historischen Schule, bereits über Ausgeburten dieser Clique klagend, (m. vgl. dessen Schrift: F. C. v. Savigny, ein Beitrag zu seiner Würdigung, Berlin, Reimer 1862 S. 45—47), an eine andere Zukunft zu glauben (§ 8). Und auch die Sache begann ja schließlich zu sprechen!

4. Wirkungen auf das Recht. — Gleichzeitig haben wir schon oben gezeigt (§ 1 Z. 9 I), wie sehr ein solch' persönliches, wie zunftmäßiges Zusammenwirken einer Clique einer Doktrin, — um einen aprioristisch unwahren und zudem thatsächlich so völlig unerreichbaren Zweckes der Staatserrettung willen, — doch vor Allem der Sache des Rechts selbst überhaupt schädlich sein mußte, ohne der Doktrin real zu nützen! Denn im Rechte können ja doch unbedingt nur sachliche Gründe einer „Erfahrung", wie die Ausflüsse der Rechtsquellen ꝛc. beachtet werden; niemals aber, wenn auch von noch so viel „Personen" einer Clique a priori aufgestellte, erfundene Gründe: Nur die sachlichen Gründe einer Erfahrung, niemals die Personen sind zu wägen; denn es gibt im Rechte überhaupt keine andere, entscheidende Gründe, als die einer Erfahrung und der Rechtsquellen, niemals Offenbarungen einer Person, welche der sachlichen Wahrheit vorgehen (§ 1 Z. 4 I γ a). So müssen aber solche „persönliche" Organisationen von Lehrern und Hörenden, wie selbst von irregeführten Laien und vollends des Polizeistaates, um die Gründe der „Sache" zu stören und den Richterspruch zu beeinflussen, auf's Schärfste Verurtheilung finden! Durch solche Vereinigungen könnte ja nur der Civilrechts-Buchstabe des klassischen römischen Rechts wieder galvanisiert werden, ohne daß auch dessen Körper, dieser jetzige Cadaver eines vergangenen Rechts, je wieder real belebt werden könnte. Und das Präjudiz des praktischen Rechts bleibt nichtsdestoweniger im Einzelnen als reales Recht, von Rechtsquellen diktiert, dasselbe! Allenfalls für den jugendlichen, noch lebensunerfahrenen Schüler gibt es da in solchen Hörsälen einer aprioristischen Doktrin noch keine empirische

Digitized by Google

Controle mittels Thatsachen und Gründen des Lebens und Geltens des Rechts; nur ein, durch den vorgespiegelten hohen Zweck der Schule und durch den Glanz der Formen entflammtes Gefühl, nur einen Glauben, solange nicht eine praktische Lehre gegenübersteht oder bis der Schüler selbst in das praktische Leben tritt: Vollends aber eine zwangübende Clique in einer Litteratur allein für ein solches, aprioristisch als geltendes erträumtes Recht bilden, das hieße praktisch resultatlos gegen ein Fortschreiten einer empirischen Erkenntnis des allein positiven „Lebens" des Rechts, zu gewaltsamer Verwirklichung falscher aprioristisch-romantischer Träume eines vergangenen Rechts, sich auch noch äußerlich verbinden!

Was waren die Wirkungen auf die Wissenschaft? Auch wissenschaftlich resultatlos mußte aus dem weiteren Grunde eine solche persönliche Clique wenigstens für die Sache des Rechts selbst sein: Denn es gab ja hier keinen persönlichen Gegner für die persönlich kämpfende und vermeintlich siegende Clique, und jeder vermeintliche persönliche Sieg mußte nur ein Scheinsieg sein! — Ein Streit, allenfalls einer historischen allerdings gegenüber den aprioristischen, Naturrechts-Schulen war noch eher ein berechtigter „persönlicher" Schulstreit; weil ja hier in der That nur die Person der Meister auf beiden Seiten a priori aus ihrem Haupte Gegensätze, Grundgesetze einer Schule über die Geltung und Berechtigung ihres Rechts aufgestellt und erfunden — selbst gemacht — hatte. Welche „Person" aber sollte denn bei einem Kampfe gegen das praktische, unwillkürlich gegebene Recht bekämpft werden, welchem wir Praktiker selbst doch nur unwillkürlich gehorchen müssen? Die Person des Praktikers als Träger dieses unwillkürlichen Rechts wurde aber von der Clique dennoch, wie ein persönlicher Gegner, verfolgt und mit der Schilderung der Gesetze, welche der Praktiker der unwillkürlich gegebenen Wirklichkeit des Lebens des Rechts ablauschte, durch die romantisch-fanatische doktrinäre Schule geschmäht und von aller Litteratur ausgeschlossen: Was sollte dies nützen? Ganz als ob es doch in der Macht dieser Personen läge, auch die Thatsachen zu ändern: Die unwillkürlich gegebene Herrschaft eines Rechts, welches ihm gebietet, die allgemeine Ueberzeugung außer der historischen Doktrin, das Begreifen, welches zum Anerkenntnisse eines Rechts unwillkürlich zwingt! Das, was uns zum Theil, wie beispielsweise im Gewohnheitsrechte, sogar unbewußt und durch eine dritte höhere Macht getrieben zwingt! Das alles sollte man beliebig a priori wieder anders erfinden können?! Der Kampf der Schule und persönlichen Clique gegen diese bloßen unbewußten Träger einer unpersönlichen, höheren Macht: einer unwillkürlich gegebenen, zwingenden Rechtsordnung, glich daher mehr dem Kampfe des Ritters von der Mancha gegen eine Windmühle, gegen den Träger des Luftzuges, ohne daß deshalb der Wind doch als treibende Macht beseitigt wird! Sie glich dem Kampfe des Mittelalters und der späteren Zeit noch gegen die Person des Astronomen, welcher demüthig —

Digitized by Google

aber vielleicht unvorsichtig — die, sich ihm zeigenden unwillkürlichen Gesetze einer Weltordnung und der Bewegung des Weltalles kündet und schildert, welchen aber zum Danke dafür eine gegnerische „Wissenschaft" „persönlich" gewaltthätig ausschließt und ihm zumuthet, die Erde bei Meidung des Scheiterhaufens wieder stehen zu lassen! Dieser Kampf mußte allerdings im Rechte die aggressive Clique der Doktrin der historischen Schule, welche das praktische Leben nicht kennt, scheinbar als Siegerin, ja als unüberwindlich erscheinen lassen, weil ihr ja nie ein persönlicher Gegner, bis zur Stunde nicht einmal eine offene praktische Lehre, sondern nur, in der Praxis stillschweigend wirkende und geübte Thatsachen, Akte jener unwillkürlichen höheren Rechtsordnung, welche concludent in einem Präjudize constatiert waren, gegenübertraten. Eine nicht vorhandene Lehre also sollte geschlagen werden! Je mehr aber die Person der Praktiker so von der Litteratur und Oeffentlichkeit ausgeschlossen wurde, desto mehr mußten, nur im Stillen und unbemerkbarer, die stillschweigend gegebenen Grundgesetze des Lebens unerkannt als Präjudiz fortwirken, thatsächlich dennoch gelten, und nur den „Schein" des Sieges in der Litteratur der Reclame der kämpfenden historischen Schule überlassen. Was nützte es also, wenn diese romantische Schule alles: ihre Schüler und corona, die Parteien, Regierungen, die Leidenschaften, den Fanatismus des vermeintlichen guten, aber in Wirklichkeit unmöglich erreichbaren Zweckes gegen eine Praxis mobil machte, welche dem Leben des Rechtes folgt? Konnte deshalb das, unwillkürlich gegebene Leben einer Rechtsordnung ein anderes werden? Konnte die Praxis sich ändern? Aenderte sie sich? Wir haben schon oben § 1 Z. 2, 5 III wiederholt gesehen: Nein!

Und deshalb — pro nihilo — schloß sich um die Meister des aprioristischen historischen Schulstreites fortwährend unter deren Gewährenlassen innerhalb der Doktrin der Kreis der persönlichen Anhänger einer straffen Rechtsordnung der Phrase des „geschichtlichen Rechts der gesammten Vergangenheit" und der theilweisen Antiquität: die Clique, immer fester? Das eigene Denken über die Wirklichkeiten des Rechts überließ man jetzt dem leitenden Meister ganz, welcher diese Wirklichkeiten doch selbst gar nicht aus Erfahrung kannte; und man schwur trotzdem blind in verba magistri, ohne Gegengründe zu suchen und zu hören, geschweige ihnen zu begegnen. Gleich einer Clique, und nicht selten gleich einer Claque, zog so die Masse der Universitäten als mächtige, mit allen denkbaren äußeren Mitteln geschlossene Phalanx der historischen Schule, die Jugend wie das unerfahrene Alter, die gesammte Litteratur allein in Beschlag nehmend, sie fortreißend oder niedertretend, hinter dem vermeintlichen Sieger einher und: bekämpften die Wirklichkeit des Lebens des Rechts. Die untergeordneten Geister vielleicht berauschte schon die Phrase „positive Geschichte", „Classicität" allein; die besseren und übrigen aber lockten die halben Wahrheiten des Meisters, die Schlimmeren

Digitized by Google

aber die Vortheile der Zusammengehörigkeit, zu ihren frenetischen Parteirufen und Huldigungen. — — Der Erfolg? — — Diese wirkten dann zwar wieder auf die Ruhe des leitenden, vom Leben abgewandten, Meisters selbst zurück! So übermannte zwar diesen mehr und mehr der Glaube, der Taumel der eigenen Unfehlbarkeit seines Rechts der Vergangenheit. So entstand zwar für unsere Doktrin eine künstlich „gemachte" Lage, eine Welt für sich, eine Welt der Illusionen! Das wirkliche lebende praktische Recht aber wurde ihr ein anderes, fremdes, welches unsere historische Doktrin vermeintlich gar nichts anging! Es beherrschte unsere Doktrin ein »morbus aprioristicus« wie epidemisch! So ward bald auch zwar das Verdienst: einer bloßen Angehörigkeit an die Clique der historischen Schule allein schon zum Dogma! Die Tendenz ging jetzt alsbald vor dem wägenden Verstande! Denn selbst innere, bessere Wahrheiten des Rechts auf Seite der Gegner schienen der Clique gefährlich; sie schienen ihr das mystische Heiligthum der Schule und ihren nothwendigen, guten politischen Zweck: der Rettung vor dem Abgrunde der Revolution, unmöglich zu machen und zu stürzen! Hohe äußere Vortheile zwar lohnten diese Angehörigkeit an die Clique: Anerkennungen der, damals in blinder Reaktion ein Heil suchenden, verführten Staatsleitungen, Auszeichnungen, Orden, Berufung auf bessere Professuren und Stellen, litterarische Unterstützungen, Stipendien ꝛc. ꝛc. Sie alle zwar wurden von dem Cultus der Tendenz ähnlich abhängig, wie dies Thibaut (Archiv f. civ. Praxis Bd. 21, 1838, S. 391 f.) offen beklagt. Gleichgültig war es für diese Doktrin, daß sich die Wirklichkeit des Lebens hiegegen aufbäumte oder duldete; denn sie selbst stand dem Leben ferne, und die, durch äußere Gründe der Politik für die Clique der romantischen Schule des Civil- und Staatsrechts eingenommenen Staatsleiter durchschauten die innere Werthlosigkeit der antiquarischen Tendenz nicht. — Aber die Sache des Rechts selbst litt. Es litt das Leben und die wahre Wissenschaft ganz ohne Zweck! Nur pro nihilo wurden von unserer historischen Schule in fanatischer Weise real und praktisch denkende Professoren zu Gunsten des falschen antiquarischen Rechts der Schule auf ihren Lehrstühlen und praktische Richter gemaßregelt, auf politischem Gebiete die deutsche Burschenschaft wegen Strebens nach einem besseren Staatsrechte in den Kerker geworfen und fanatische Revolutionen für und gegen, wie Kriege großgezogen. Denn so wenig, wie das extreme Naturrecht war doch auch das andere aprioristische Extrem des vergangenen Rechts einer historischen Schule haltbar. Und das reale Leben drang doch allüberall durch gegen die, in der Illusion, auf dem Papiere, im Hefte des Doktrinärs wieder galvanisierte Vergangenheit: Im Civilrechte galt unverändert das Präjudiz, die viva vox eines Lebens gegenüber der historischen Vergangenheit, und im Staatsrechte verkörperte sich allmälig nicht minder der Geist der eingekerkerten Burschenschaft in der „Praxis des öffentlichen Rechts" selbst unter großen Staats-

Digitized by Google

männern, welche jetzt den Staat sicher und frei von Revolutionen leiteten.

Und was leistete eine historische Schule wissenschaftlich? Sachlich waren ja ohne Zweifel auch einzelne wissenschaftliche Arbeiten der Schule für eine reale Wirklichkeit, vor allem für die Rechtsgeschichte von hoher Bedeutung. Viele aber, vielleicht die meisten — man vergleiche Savigny's Zeitschrift — dienten nichts als einer Tendenz der Antiquitäten einer gesammten Vergangenheit! Infolge des Vorherrschens dieser Tendenz mußte sich folgendes ereignen können. Positive, heutzutage noch so berechtige Resultate, welche zufällig ein früherer Naturrechtsanhänger oder ein Praktiker in Gesetzgebung wie Dogma fand, wurden jetzt für die theoretische Litteratur werthlos, wurden schon wegen der Person ihrers Urhebers verdammt und ausgeschlossen. Antiquarische Forschungen aber, deren heutiges Resultat verfehlt, vollständig Null und werthlos waren, konnten trotz des falschen Endresultates, der formal antiquarischen Methode wie der Person der Clique zu lieb, in den höchsten Himmel erhoben werden. Das Resultat wurde Nebensache, die Tendenz Hauptsache. Mancher zu einer praktischen, gesunden Nahrung unbrauchbarer, schädlicher, nicht einmal mehr grüner Kohl — gerade weil er die sichtbaren Spuren der Verwesung an sich trug, wenn er nur schulgerecht in antikisierender Form zubereitet, namentlich wenn er nach der modernden Umhüllung eines Palimpsestes oder vollends einer Lacune roch — konnte so jetzt, infolge seines haut gout, in der Litteratur wie ein Leckerbissen verschlungen werden! Jede lebensfrische Nahrung aber wurde — buchstäblich schon mit der Phrase „geschmacklos", — d. i. dieses haut gout entbehrend — gerichtet oder todtgeschwiegen! Die renommiertesten Schriften der historischen Schule, z. B. Savigny's Besitz, Albrecht's Gewohnheitsrecht, sind in Leben und Praxis ohne Gefahr nicht brauchbar! Die ganze Litteratur aber dieser historisch romantischen Schule eines Rechtes der gesammten Vergangenheit ist deshalb dereinst von einer realistisch positiven oder praktischen Schule nachzuprüfen!

Und wäre denn der Grundzug, das fanatisch erstrebte Ideal, daß alles wie eine Vergangenheit „gegeben" sein müsse, nicht gut gemeint, auch für uns in der That so ungemein bequem und lockend, romantisch schön, wenn es nur doch auch im Leben erreichbar wäre? Wie, wenn wir doch dies, für unser Recht gegebene Ideal und Recept Hugo's und Savigny's jetzt von dem Organismus unseres Rechtes auch auf jeden anderen Organismus übertrügen und auch dort doch endlich dem sich Bewegen und Hasten des Lebens Stillstand geböten? Daß doch wir Praktiker zu beschränkt sind, dies zu begreifen, zu blöde, um — mit der Clique — zuzugreifen! Wie, wenn wir Greise mit weißem, wallendem Barte jetzt mit einem Male wieder zu den, in der Vergangenheit „gegebenen" lockigen Knaben und Jünglingen, zurückkehrten, wenn unsere holden Mädchen so nie alte Jungfrauen

Digitized by Google

würden, sondern wir alle: Jugend, Schönheit, Glanz zurückvindicieren würden; wie, wenn unsere Rosen nie erbleichen, wenn auf Wunsch des Meisters unser vorsintfluthliches Gethier wieder entsteht und neues dazu: der bovigus Huschkes, wenn der Erdball wieder seine vorgeschichtlichen Formen gewinnt? und zudem: ruhig stille steht in einer gesammten „Vergangenheit"! Wir alle wären damit einverstanden! Aber wir Menschen müßten dann doch, um dies in Gottes Rath Gesetzte zu ändern, das reale Leben selbst ändern können (§ 2 II a). Dies Aendernwollen aber hieße, dies unwillkürlich gegebene Leben, oder unsere Lebensbedingungen, uns selbst: tödten! So ist es ja nicht blos in unserem Rechte: sondern auch in allem unseren anderen Wollen, Können und Sein herrscht Bewegung, in Wissenschaft, Kunst, in Technik ꝛc.!

Welche romantisch glückselige Zeit sollte aber durch die historische Clique mit Gewalt trotzdem in unserem Rechte erstehen müssen! Nach dem aprioristischen Evangelium der römisch-orthodoxen Schule bedurfte es ja jetzt in der That, — neben dem Koran des corpus juris und der, so wenig umfangreichen, geretteten vorjustinianischen Jurisprudenz ꝛc., — auf ewige Zeiten kaum viel anderes Recht mehr: vor allem keine neue allgemeine Gesetzgebung! keinerlei neues Präjudiz mehr! Dies Recht mußte eben nur in seiner Entstehung innerhalb der Vergangenheit auch begriffen werden: je vergangener, desto reiner! Es bedurfte dann keines mühsameren Spiegelns des momentan lebenden Rechtes aus den, neben veränderten Verhältnissen rastlos neu erfließenden, positiven Rechtsquellen, sowie keines Stoffwechsels unseres organischen Rechtslebens mehr: nur eines Quietismus in seliger Himmelsruhe mitten zwischen einer klassischen, nie zu übertreffenden „Vergangenheit"! Wie unverständige Praktiker gegenüber solcher Classicität da nur noch jammern mochten, als ob dereinst Deutschlands politische Einheit, Gemeinwesen, Wohlstand und Rechtsverkehr in zahllose Partikularrechte zerrissen und in unverdauliche, unwahre Rechtsdarstellungen eingezwängt, als ob alles jetzige Rechtsleben unter den Antiquitäten der Romantiker sich aufbäumen und zu ersticken drohte. Was kümmern auch einem, aus solch klassischen und höheren Regionen docierenden, historischen Professor die Klagen rechtsuchender Laien, welche sich nun einmal nicht zu seiner aprioristischen, idealen Höhe zu schwingen vermögen? Ihn, den historischen Doktor, welchen seine Wagner dennoch feiern! Hörte er, deshalb umgeben von der Clique und Claque seiner Prätorianer, auch nur solche profane Laute? Braucht er sie zu hören? Wozu? Braucht er eine gemeine Wirklichkeit? Für ihn ist jetzt längst, wie uns Ihering geistvoll verrathen, ein ganz besonderer klassischer Begriffshimmel aufgebaut. Der Professor des reinen römischen Rechtes der älteren historischen Schule ist dort innerhalb des Rechtswissens der verklärte Ascetiker, der abgeschlossene Mönch des Cultus eines wahren Glaubens. Eine Clausur schließt ihn von allem Profanen ab: Und dies Profane

Digitized by Google

ist: das Leben, die Wirklichkeit! Nur Bosheit, der Neid der Gegner aus dem Grunde, weil eben sie es nicht auch verstehen, dort zu leben, ist es, was aus ihnen spricht! Dort badet sich der höhere historische Professor in den reinen, krystallhellen Quellen des allein wahren „römischen" Rechtes. Dort hängt ausgereift, hochvollendet und unübertrefflich, was wir für ewige Zeiten an Nahrung nöthig haben, als reife Frucht an antiken Bäumen; oder es liegt gar schon gesammelt, von Classikern wunderbar, wie in einem Schatzkästlein eines Schlaraffenlandes, in dem corpus juris und der wiederaufgefundenen vorjustinianischen Jurisprudenz, dann noch von Savigny geordnet, zu sofortiger Anwendung bereit. Man darf da nur hinlangen und die, anderen Menschen verbotene Frucht der aprioristischen Erkenntnis, allerdings mit Reinheit, erfassen. Denn es steht ja a priori schon fest, daß alles Recht durch die Vergangenheit schon gegeben sein müsse! Dann verordnet eben der himmlische Professor seiner Clique wieder ein „Graben"; graben und nur immer wieder graben nach antiken Denkmälern, wühlen in vergilbtem Pergamente nach Palimpfesten, hie und da eine neue Wallfahrt zum wiederentdeckten Gajus, nach seinen Lacunen, — was können diese noch alles fassen, — zu leges restitutae und den, damals noch nicht durch Heliographien zu vervielfältigenden Florentiner Digesten ꝛc. ꝛc. Das allein ist die wahre Wissenschaft. Und sollte für den ungenügsamen Praktiker auch dies wieder nicht ausreichen? Dann müssen wir den letzten, geheimsten Herzenswunsch, den »clou« der Schule verrathen: Wie, wenn wir vielleicht endlich einen neuen fanatischen Kreuzzug zur Eroberung der Aja Sophia in Konstantinopel unternehmen? Dort in dem Grundpfeiler verschlossen würde ja gewiß beim „Aufgraben" das lauterste Gold des reinen klassischen vorjustinianischen Rechtes von neuem zu Tage treten, welches in Alexandrien dereinst verbrannte, noch reiner, als im Palimpfeste des Gajus mit seinen Lacunen! Auf, ihr historischen Ritter, zum Kampf und Graben! Solange nur bei Leibe nicht sich zu den frisch und reich sprudelnden Quellen des positiv lebenden Rechtes verirren: von einem Rechte vollends, das mit uns geboren, darf in unserem Begriffs-Himmel nie eine Rede sein! von dem ist ja blos bei einem dummen Teufel Goethes oder des Praktikers die Rede! Was hat es auch bisher das höhere Dasein eines Professors der althistorischen Schule inmitten seines Begriffshimmels geniert, wenn inzwischen, ohne daß ein Recht der historischen Vergangenheit ihn autorisiert, ein Praktiker auf Erden eine andere lebende Wirklichkeit als gegeben (§ 2 I 2) findet, eine Thatsache, welche einen beträchtlichen Theil seiner eigenen, höheren Lehre als unwahr, als werthlos zeigt? Schlimm genug für solche Thatsachen. Solche irdische „Thatsachen" thun einem Professor der höheren historischen Schule dann „einfach leid"! Wie doch nur so ganz unbedeutende Dinge auf Erden sich unterfangen mögen, an seinem überirdischen Piedestal zu nagen! Das Recht ist nicht „Dienst-

Digitized by Google

knecht" des realen Lebens, das Leben folge der Leuchte der „Wissenschaft"; „solche Lehren haben auch hier wieder umsomehr wissenschaftlichen Werth, welche keinen praktischen Werth haben!" Die Bibliotheken sind *nicht* da, um Darstellungen eines wirklichen Rechtes aufzunehmen. Was fällt uns ein! Litteratur, Bibliotheken dienen nur höheren Utopien, mittels welcher Professoren der historischen Schule sich Sitze in ihrem Begriffshimmel erkaufen, nicht zur Anwendung! Was will also irdische, induktive Wirklichkeit gegen himmlisch aprioristische Gelehrsamkeit? — Zudem ist ja auch eine Thatsache und Recht, welche so ein, im Himmel gar nicht hoffähiger Praktiker ꝛc. entdeckt, gar noch nicht einmal wirklich entdeckt: Er, der unmündige, irdische, qui fari non potest, will Thatsachen entdecken! Beide sind vielmehr erst dann gegeben und entdeckt, wenn auch der überirdische Professor der historischen Schule, natürlich ohne Nennung eines solch' profanen Namens eines Praktikers, die Entdeckung einmal in seinen Schriften aufnimmt, wiedergibt und abschreibt. — So ähnlich das Brevier der Clique der romantisch-historischen Schule unserer *Civilrechtswissenschaft*! —

So die romantisch-fanatischen Träume der Clique. Wie furchtbar bewahrheitet sich nicht da Bulwer's Satz: Die Welt betrachtet die Excentrizität im Großen als Genie, im Kleinen als Narrheit! — Doch ist es gesetzt in Gottes Rath, daß trotzdem die Geschichte des Organismus unseres Rechtes sich bewegt, wie doch alles auf Erden ruhelos um Sonnen kreist und jeder irdische Stoff des Lebenden wechselt. Und da würde es doch selbst auch kaum etwas helfen, wenn die Clique einer ganzen doktrinären Rechtsschule alle Litteratur allein an sich reißen, alle Praktiker gewaltsam maßregeln und trotz der Unbotmäßigkeit des Lebens und der Praxis dort die Anerkennung ihres geltenden Rechts der „Vergangenheit" predigen würde: Denn die Geschichte unseres Rechts „bewegt sich doch" nach wie vor: im Wesentlichen unaufhaltsam! — — Das allein aber ist das irdische Weltgericht über die überirdische, historisch-romantisch-fanatische Clique unserer aprioristischen historischen Schule! — —

C. *Die Apathie unserer eigenen Praxis.* — Die äußere Lage der Praxis in Deutschland seit dem Wiederauftreten, der von der historischen Schule von neuem und verstärkt wieder herbeigeführten Spaltung zwischen Theorie und Praxis war eine rein passive, eine duldende, und: so eine geradezu trostlose! Diese Praxis allein übte das berechtigte Recht thatsächlich: Unsere neueste Doktrin erkennt dies ja jetzt selbst dadurch an, daß sie, namentlich seit Windscheid, deren Präjudiz als geltendes Recht selbst wieder adoptiert. Trotzdem übte unsere Praxis dies Recht von jeher nur stillschweigend und concludent, sich selbst *unbewußt*, ohne sich auch nur um die Herkunft dieses ihres eigenen Rechts und um seine Gründe oder Schule auch klar wissenschaftlich, d. i. eben theoretisch, zu kümmern, und auch ihre Gegner überzeugen zu können. — So eben verblieb unsere Praxis



Digitized by Google

der nachrömischen Zeit fortwährend in der Lage einer Unmündigen, eines infans, qui fari non potest! Sie ward so nach außen von der Gnade der bisherigen herrschenden, nach außen wissenschaftlich repräsentierenden aprioristischen Theorien abhängig, ob diese ihr unbekanntes Wesen achten wollten. Dies hatte aber die doppelten sachlichen Nachtheile. 1. Daß die Wahrheiten ihres praktischen Rechts, welches dereinst Rom, von jeher die Praxis der gesammten Culturwelt, jetzt wieder seit Windscheid wenigstens casuistisch und thatsächlich auch unsere neueste Theorie selbst beherrschen, bisher vor den wechselnden Doktrinen seit der Glosse verborgen blieben, daß diese sich alsdann einem falschen, aprioristischen Rechte überließen und die Praxis selbst mit ihrem wahren Recht, statt dieses zu fördern, verfolgten und schädigten. 2. Daß unsere Praxis infolge ihres völlig unbewußten Dahinlebens schließlich unglaublicher Weise selbst ein Hemmnis werden konnte, daß ihre realen Wahrheiten nicht durchdringen konnten; so zwar, daß unsere Doktrinen deren Recht nicht achteteten und sich mit ihr nicht einigten!

1. Die Schädigung der Praxis durch unsere aprioristischen Doktrinen. — Solange unsere Praxis ihre Gründe und Schule nicht kennt, kann sie die Oeffentlichkeit von ihrer Berechtigung niemals überzeugen. Unsere Doktrinen umgekehrt sind aber gar nicht darauf angewiesen, selbst wahres Recht anzuwenden, sondern nur nach außen zu überzeugen i. e. vor der Oeffentlichkeit zu repräsentieren. Weil sie aber allein das Recht nach außen repräsentieren, war so auch die Achtung unseres realen praktischen Rechts allein den, vor der Oeffentlichkeit repräsentierenden Doktrinen anheimgegeben, welche doch gleichfalls die leitenden Gründe der Praxis nicht kannten und sie so doch auch niemals rechtfertigen konnten! — Die Lage unserer Praxis war da etwa die folgende trostlose: —

Bei dem Rauschen der Festmusik zu solch äußerer „theoretischen" Repräsentation ihres Wesens war bekanntlich zuerst die Naturrechtsschule auf dem Plane erschienen. Diese hatte ja seit dem 16. Jahrhunderte überhaupt zuerst eine „reine" Theorie und Repräsentation, ohne juristische Werkstätte, d. i. eine Theorie, welche nur Recht geistig erfindet, ohne Rücksicht, ob es jemand anwendet, und daraus eine Schule geschaffen. Der Tanz begann! Die vor der Oeffentlichkeit damals allein repräsentierende Naturrechtsschule hatte von jeher wenigstens noch das, wenn auch von ihr selbst ungekannte reine Naturkind „geschichtlich lebende Wirklichkeit", begleitet von ihrer Amme „Praxis", zum Reigen geladen. Schon damals freilich mußte diese, aus Geist oder Vernunft allein schöpfende Naturrechtsschule sich nicht so recht zu erklären wissen, warum doch dies unmündige naturwüchsige „Kind Wirklichkeit" von so ganz unbekannten Wesen weit schwerer, als sie selbst, am geschichtlichen Boden haftete, belastet von Gesetzen, Gebräuchen, Gewohnheiten eines realen Lebens! Schon damals mußte ja dies Kind, so belastet, unmöglich den ätherischen Luft-

Digitized by Google

sprüngen der, nur von Geist sich alimentierenden Töchter des selbst geistigen Naturrechts immer folgen und mit diesen in Aethergebilden umherschweifen können! Offenbar konnte so schon das geistesflüssige Naturrecht den Grund des Gebahrens des, zum Theil geschichtlich unerschütterlich festen und schwerfälligeren, praktischen Rechts nicht verstehen! Doch schrieb damals wenigstens noch ganz bis zuletzt ein Haushaltungsvorstand und Festgeber der Repräsentation dieser Naturrechtsschule, Feuerbach (Vorrede zur 1. Aufl. seines Lehrbuchs des g. peinlichen Rechts v. 1801), über dies Kind Justitia: „Der Verf. glaubt Recht gethan zu haben, daß er die Praxis, so sehr er auch dies Polster der litterarischen Trägheit, diese Stütze blinder Willkür haßt, nicht ganz übergangen hat!" — Umsomehr, sollte man aber glauben, hätte doch wenigstens zum Lohne für ihr Haften an der gegebenen, real lebenden Geschichte die, alsbald darauf auf dem repräsentierenden Plane erscheinende „historische Schule" diese reale, geschichtliche Wirklichkeit und die sie begleitende, schützende Amme Praxis achten, sie alsbald in ihren, zum Theil verwandtschaftlichen Reigen schließen sollen; weil ja doch diese Wirklichkeit „auch eine Geschichte" ist, vielleicht sogar die, für uns allein gegebene! — Weit gefehlt! Was geschah? — Diese jetzt Mode gewordene romantisch-historische Schule wußte ja gar nicht, daß unsere Praxis auch, und gar die allein geschichtliche und positive ist! Bei der Festesrepräsentation dieser neuauftauchenden Schule mit ihrem Rechte einer gesammten „Vergangenheit" erschienen jetzt z. B., in Savigny's Zeitschrift ꝛc., umgekehrt in schwerfällig unbeweglichem Takte nur bleiche Gestalten, nur — „Ahnen" — zum Tanze! Untermischt mit fortlebenden, in Pergament gekleideten Gestalten rasselten u. a. Stahlrüstungen: es waren dies Rüstungen des antiken Rom und die schweren Panzer unseres eigenen Mittelalters. Mühsam galvanisiert, schienen sie sich wieder zu beleben: zum Tanze zu schwingen mit stolzen, dereinst weltbeherrschenden Römerinnen (es waren zum Theil nur nachgemachte), mit finsteren, edlen Ritterfrauen unseres eigenen Mittelalters mit langen Stammbäumen, und mit manchen naiven, bleichen mittelalterlichen Gretchen, die aber noch weit schwerfälliger umhüllt und mit Gebräuchen und Gewohnheiten belastet erschienen, als unser, an sich holdes Mägdlein reale lebende Wirklichkeit mit ihrem lebhaften Colorit und leichter Tracht! Jene aber alle erlangten dessenungeachtet ungehindert Eintritt auf ihren Stammbaum und überlieferten Titel hin, zufolge „geschichtlich vergangener römischer, canonischer und älterer Reichsgesetzgebung" ꝛc.: Aber unser zartes heranwachsendes Kind Wirklichkeit des heutigen Tages: diese „Neubildung" des Lebens mit ihrer unzertrennlichen Amme Praxis? Auch dies Mägdlein war ja doch schon zum Tanzen und zum Pflücken reif, wie dort jener wehrlose kleine Apfel am grün sprossenden Baume, den einmal schon eine buhlende Sonne wegen Mangels eines schützenden Sonnendachs so heiß geküßt, daß sich roth gefärbt seine Wange? Diese beide aber



Digitized by Google

schienen den Festgebern der historisch-romantisch-antiquarischen Schule allzuleichte Waare und nicht salonfähig: Diese beiden, unter schwerer, nutzbringender Arbeit aufgewachsenen Wesen verwiesen die historischen Festgeber eines aprioristisch-akademischen Rechtschaffens jetzt — wie ein Aschenbrödel und eine Metze: — rundweg vom Plane! Schon zuvor nämlich hatte ihr ja doch bekanntermaßen ein Hugo als früherer historischer Haushaltungsvorstand (Bd. I Nummer 1 seines civilistischen Magazins von 1790) geschrieben: „Solche Lehren haben um so größeres wissenschaftliches Interesse, welche kein praktisches haben"! „Interesse" also, Neigung gegenüber dem Mägdlein geschichtliche Wirklichkeit oder Praxis war bei dieser neu auftauchenden historisch-romantischen Schule des vergangenen Rechts von Anfang an gar nicht vorhanden! Später aber schrieb der neue Haushaltungsvorstand Savigny — infolge seiner Verwechselung, wie bekannt, dieses geschichtlichen Lebens und der Praxis mit einem bloßen stattsgefährlichen Naturrechte, auch noch politisch erregt durch die Panik seiner Zeit — an ihre Adresse vollends den direkten und für das zarte Kind gewiß groben, offenen Absagebrief: „Aufsätze von bloßer praktischer Beziehung sind ausgeschlossen" (Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. 1815 Bd. I S. 12). Diese letztere Schule nahm überdies allmälig alle, nach außen repräsentierende rein wissenschaftliche Litteratur an sich und beherrschte so allein den Plan! — — Was wäre also da für diese Wirklichkeit und Praxis in der „fremden" theoretischen Litteratur und Oeffentlichkeit noch zum Aufenthalt übrig geblieben? Was hätte noch für unser armes Kind „Wahrheit und Wirklichkeit des Rechts" eine Stütze geboten, um darauf in der „Fremde der Litteratur" auch nur ihr, von Tagesarbeit müdes Haupt auszuruhen und ihre Legitimität nachzuweisen? Denn ein eigenes ihr „principiell" gehöriges Heim in der Litteratur des theoretischen Wissens hatte das Kind und auch die concludent stillschweigende Amme nicht; selbst diejenige Litteratur, welche das Kind vielleicht aufgenommen hätte, wenn sie seine Herkunft gekannt hätte, kannte ja mit der Armen selbst! deren Herkunft gar nicht. Nichts hätte so dem ärmsten Findelkinde Wirklichkeit das neue, aprioristische Extrem jener gesammten historischen Vergangenheit fernerhin in der Litteratur etwa zum selbstständigen Anfenthalte vor der Litteratur und Oeffentlichkeit vergönnt und überlassen!? Doch halt: vielleicht doch so etwas, wie das, was auch schon die antiken Römer »cavere« nannten, oder sogar die sog. „Cautelarjurisprudenz" des Mittelalters, um sich gegen das zähe, hölzerne, ihren zarten Bau bedrückende, antike und sonst vergangene Recht in der gegebenen Wirklichkeit und Anwendung des Lebens, auch selbst allenfalls noch mit doktrinärer Zustimmung zu schützen: jene sog. Caepolae oder Advokatenkniffe nämlich, von welchem ja doch Stintzing in seiner Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft von 1880 S. 534 so anmuthende Beispiele aus dem 16. Jahrhundert erzählt. — Z. B. der historische, wenn auch vergangene Anspruch einer Partei war dennoch

Digitized by Google

zugelassen, aber vorerst nur durch einen Zeugen nachweisbar; was war da zu thun? Der Gegner, welcher sein lebendes Recht schützen wollte, hatte da keinen anderen Schutz, als diesem einen Zeugen einfach vor seiner Vernehmung noch rechtzeitig eine Ohrfeige zu geben. Denn: nach der, damals blühenden gesetzlichen Beweistheorie ward alsdann auch dieser eine Zeuge verdächtig, der Kläger wird alsdann nicht mehr zum Eide zugelassen, der Haupteid ist möglicherweise wegen des Vorliegens eines factum alienum ausgeschlossen, und der Prozeß ist für den Gegner, für das Mägdlein Justitia gewonnen. So ähnliches allenfalls hätte man auch dem unbekannten Mägdlein „lebende Wirklichkeit" noch zum Aufenthalte gestattet, um ihr Leben gegenüber der, sie mißachtenden Schule eines vergangenen Rechts fristen zu können. Eine wissenschaftliche Litteratur aber nie; denn im Uebrigen rechnete die historische Schule zweifellos dies schweigende, geltende wirkliche Recht, wie gesagt, gar nicht zu der gebildeten, solonfähigen Gesellschaft! Die Schule, Savigny sagt es selbst (Zeitschr. 1815 Bd. I S. 14). Dasselbe ist ihr: „auf die unmittelbare und „mechanische" Erleichterung der Rechtspflege, des Richteramtes und des Advokaten-Geschäftes berechnet"!!! und auch der sel. Historiker Stintzing dächte sich ja fast heute noch, wenigstens noch im Jahre 1880! unter ihm in seiner ebenerwähnten Geschichte (cf. § 4 B a) ein unwissenschaftliches Recht, welches nicht einmal ein „System" zulasse!! — Das also war der ganze bisherige Achtungserfolg und die Stellung, welche bei uns dasselbe lebende, allein geltende praktische Recht errang, welches in Rom bei der Einigung von Theorie und Praxis die Achtung eines klassischen genoß. Dies wahre Recht, welches die Römer zwar gleichfalls pflegten, aber ohne Veranlassung zu haben, demselben auch durch eine Lehre oder Schule eine Selbstständigkeit für das folgende Leben zu bereiten. Denn wie konnten sie vorausahnen, daß dereinst eine romantische historische Schule sich von ihrem Kinde Wirklichkeit doktrinär spalten und die reale lebende Geschichte zertreten werde, solange es seine Herkunft nicht aufklären und der Oeffentlichkeit mittheilen könnte! — Bis jetzt war deshalb der Erfolg und das Verhältnis unserer Praxis zur, jetzt in der Litteratur herrschenden historischen Schule das folgende: Mit dem ebenerwähnten offenen Ausschlusse der Praxis durch Savigny von der, von seiner Schule allein beherrschten rein wissenschaftlichen Litteratur war jetzt eben vom Meister selbst das ganz gleiche Signal gegen die Praxis gegeben, wie gegen das, mit der Praxis verwechselte Naturrecht. Nun stürzte sich die, anfänglich geradezu fanatische, von allen Mitteln, von Staat, Kirche und Oeffentlichkeit äußerlich unterstützte Meute der Clique der historischen Schule, welche soeben erst, äußerlich scheinbar, das Naturrecht vollständig aufgerieben, siegestrunken auch auf diese ahnungslose, unbewußte lebende Wirklichkeit und Praxis, welche doch beide unbewußt und nothgedrungen in ihrem Präjudize — wie heimlich — noch den Schatz des „geschichtlichen Lebens des Rechts" bargen. Dies

Digitized by Google

geschah in der That nicht selten mit einem anfänglichen Fanatismus, welcher bis auf Ihering und Windscheid etwa den orthodoxen Glaubensstreitern eines Orients, den Kreuzfahrern, Ketzermeistern eines Hexenhammers, Puritanern und allen andern Orthodoxen des Occidents alle Ehre gemacht hätte: denn es galt ja jetzt einer fanatischen historisch-romantischen Schule gerade mittels Antiquitäten und Vernichtung des vermeintlich staatsgefährlichen Lebens des Rechts, gerade also des Kindes „Wirklichkeit", die Ordnung im Staats- wie Privatrecht zu retten! Einen moralischen Scheiterhaufen wäre so diese, jetzt in Doktrin wie Litteratur herrschende und entfesselte Clique der Doktrinäre der aprioristischen Schule während ihrer Blüthezeit geneigt gewesen, um den Ketzer zu entflammen, welcher ihren stillestehenden Antiquitäten gegenüber in Uebereinstimmung mit dem concludenten Thun der lebendigen Wirklichkeit und der Praxis principiell zu behaupten gewagt hatte: „Und die Geschichte des gegebenen praktischen Rechts bewegt sich doch," u. zw. noch über das Recht Eurer „gesammten Vergangenheit", Eurer historischen Schule hinaus: denn diese reale Geschichte des Lebens ist eine andere!" — Dieser Ausschluß der Praxis nun, soweit es sich um eine principielle Vertretung des praktischen Rechts handelte (nicht etwa um einen, nie dagewesenen Ausschluß der Person des Praktikers), erstreckte sich innerhalb der historischen Schule weit über Savigny hinaus: bis auf die jüngste Gegenwart! Anfänglich durften, wie Savigny's, des Meisters System, so noch auch selbst die Epigonen nicht einmal das casuistische Präjudiz der Praxis allegieren, ja, wie Ihering bestätigt, kaum den Namen „praktisch" nennen! Seit Windscheid kam, wie gesagt, thatsächlich wenigstens dies „casuistische" Präjudiz zum Siege. Der Uebergangsjurist Windscheid selbst (Pand. § 9 Note 4) aber nichtsdestoweniger bekämpfte theoretisch noch immer das, doch nothwendig auch „andere" Princip, aus welchem doch dies vielfach andere Präjudiz, ein zum Theil anderes Recht, als das rein römische und sonst vergangene Savigny's, erfließen, erst erzeugt werden mußte, und schloß es aus! Wie wäre es da also möglich gewesen, mittels der Gründe des praktischen Rechts die vaterländische Jurisprudenz vor der neuen Invasion der aprioristischen historischen Schule offen zu retten. Die schon oft berührten Worte Ihering's, welche dies andeuten (u. a. Scherz und Ernst S. 259), lauten: „Den „Namen „praktisch" darfst Du hier (im Begriffshimmel der histo-„rischen Schule), gar nicht nennen; wenn ein anderer, als ich, das „Wort gehört hätte, so hätte es Deine sofortige Ausschließung „zur Folge gehabt!" — Leichter freilich war es vielleicht, damals die Einheit zwischen Wissen und lebender Wirklichkeit fanatisch vollends zu zerreißen, als sie jetzt wieder mühsam zusammenzufädeln! — — Denn eben auch die Praxis selbst erleichterte jetzt noch ihr eigenes Niederdrücken! Und fast jeder Versuch einer Befreiung eines Volkes und Wissens unterlag ja bisher gerade den eigenen Stammes- oder Berufsgenossen, von Christus, Armin bis auf Abdel Kader ꝛc. herab! — —

Digitized by Google

2. Die Praxis wurde selbst das Hemmnis für ihre Rettung! — Unsere Praxis mußte — neben „vergangener" Geschichte der historischen Schule — die „lebende" Geschichte ihrer fortwährenden Neubildungen nach Art des § 2 I 2, selbst in Ermangelung jeder lebenden Geschichte auch unzweifelhaftes „Naturrecht" anwenden! (§ 1, 5 III, § 6 I a.) So waren aber unwillkürliche Collisionen mit der romantisch-fanatischen Doktrin der historischen Schule niemals zu vermeiden! — Denn der Doktrinär Savigny verwechselte alles praktische Recht mit staatsumstürzendem Naturrechte: er klagte als staatsgefährlich (§ 1, 4 II) öffentlich alles nicht seiner „vergangenen Geschichte" angehörige Recht an, „welchem Sinn und Gefühl für die Größe und Eigenthümlichkeit anderer Zeiten verloren" gegangen (Beruf unserer Zeit, 3. Aufl. 1814 S. 4 mit Zeitschrift f. gesch. Rechtsw. 1815 I. S. 6 ꝛc.); seine Clique oder freiwilligen Anhänger waren ferner seit der Herrschaft des, von der historischen Schule großgezogenen Polizeistaates als Gerichtsvorstände bis in die jüngste Zeit (z. B. § 4 D IV) in das innerste Heiligthum unserer Gerichte gedrungen und aus ihnen nicht wieder zu entfernen. Sie klagten wieder jeden einzelnen Praktiker, welcher sein Recht korrekt mit der Praxis unserer höchsten Gerichtshöfe, unter Umständen wegen ihres eigenen Unverständnisses und ihrer Unfähigkeit an, selbst das geltende Recht korrekt darstellen zu können. So begann der Krieg der historischen Schule gegen die korrekt urtheilenden Richter der Praxis! — Von der Möglichkeit aber eines solchen Kampfes von Doktrinären war die, selbst völlig unvorbereitete, überlastete, bisher nur ihrer Casuistik und Fallmeisterei sich überlassende Praxis geradezu überrascht und — ganz außer Stande, sich zu vertheidigen! — Ihre einzige Rettung wäre doch gewesen: ihre allein positiven Gründe, ihre Schule nun offen auch der Oeffentlichkeit darzulegen und so die Allgemeinheit zu überzeugen! Aber die Praxis selbst kannte ja ihre Gründe und Schule nicht, und zudem hatte die, sie unterminierende historische Schule sie inzwischen ihrer Lehrer und aller rein wissenschaftlichen Litteratur, abgesehen von Präjudizienſammlungen, beraubt, welche rein wissenschaftliche, unentbehrliche, u. zw. geschichtliche neben dogmatischen Gründen hätte bieten können. Diese Praxis war so geradezu mundtodt gemacht. — Da trat eine Lage ein, welche geradezu humoristische Seiten böte, wenn dieselbe nur für den von ihr Betroffenen nicht doch zu sauer werden mußte. — Denn die, ihrer Gründe wie ihrer Berechtigung ganz und gar unbewußte Praxis selbst schädigte schließlich auch noch den, welcher für ihr eigenes, wahres Recht eintrat, und ihre Lage war folgendes Dilemma. — Einerseits sah diese Praxis ihrerseits die Unmöglichkeit eines Verlassens dieses ihres praktischen Rechts und der Rückkehr zu dem halbantiquierten, rein römischen ꝛc. Rechte der historischen Schule: in Gesetzgebung wie positivem Dogma. Schon in der Gesetzgebung nämlich hatte sie ja, u. zw. in den Partikulargesetzbüchern des preußischen, österreichischen, französischen ꝛc. Civil-, in Feuerbach's damals hochwichtigen bayer.

Digitized by Google

Strafgesetzbuche ꝛc., wie zu § 1, 5 I gezeigt, in der That vielfach mit Segen für die Untergebenen, wenn auch nicht aus gleich treibendem Schulprincipe, mit dem „Naturrecht" zusammengearbeitet und hiedurch nicht einmal Naturrecht, sondern berechtigt lebende, praktische „Geschichte" gewonnen. So hatte sie schon vielfach neues Recht legislativ festgestellt und sie wünschte sogar noch fortwährend mit Thibaut ꝛc. die Feststellung so manchen andern (z. B. einer nationalen Civilgesetzgebung ꝛc.!); nicht: vergangenes Recht der historischen Schule! Ebenso war auch im positiven Dogma manches alte Recht der Vergangenheit der historischen Schule durch ihr Präjudiz beseitigt (Beispiele § 2 I 2), und die Gegenwart forderte zudem, sobald historisch vergangenes Recht fehlte, in der That auch dogmatisch noch fortwährend zugleich das Finden „neuen" — Natur- — Rechtes neben neuer Geschichte; denn die Praxis mußte ja doch urtheilen und konnte in solchen Fällen nicht, wie Savigny's Schriften, einfach Justiz verweigern: etwa die Hälfte aller praktischen Rechtsfälle also zeigte auf diese Weise auch im positiven Dogma vielleicht schon solch' neues, angeblich „revolutionäres" Recht im Sinne einer historischen Schule! — Anderseits glaubte aber die Praxis, welche selbst einer praktischen Theorie entbehrte, jetzt diesen aprioristischen Phantasieen der historisch-romantischen Schule Savigny's, wenigstens insoweit: sie konnte sich doch wenigstens das vermeintlich „tiefe" Schulprogramm des Rechts der gesammten Vergangenheit der historischen Schule nicht widerlegen! Mit einem Male sah sie so erst, daß auch sie in der That Zwillingskinder besaß: ein älteres historisches und ein neues Natur-Recht; und eben das neue, soeben mit besonderer Sorgfalt an ihrem Busen auferzogene, war ja nach der historischen Schule — ein Wechselbalg —: eben jenes, von einer fanatischen Reaktion der historisch-romantischen Schule jetzt als Willkür und bis in das innerste Mark als verderblich revolutionär entlarvte, schwer gebrandmarkte Recht! Jeder Praktiker also war, nach diesem unbezweifelten historischen Evangelium, sobald er es sich nur gestehen wollte: zugleich ein still-concludenter, verkappter Revolutionär, ein Staat- und Thronumstürzer! (Wie später Fürst Bismarck!) Ja er war so jetzt sogar alsbald ganz „allein" noch der Stand haltende Ketzer, welcher jetzt, zufolge eben solcher neuer, Staat, Kirche, Privatrecht angeblich verheerenden Ideen noch immer allein vom rechten Glauben abfiel! Denn die extreme Naturrechtsschule war ja bald von der neuen extremen historischen Schule mit ihren äußeren Mitteln so gründlich niedergeschlagen, daß sie auch ihre berechtigte Naturrechtshälfte (§ 6 I a) als eine unpositive theoretisch preisgab, welche die Praxis gleichfalls noch pflegen mußte! Diese Praxis dagegen war noch immer allein nicht ganz niedergeschlagen: Denn sie mußte in ihrem Präjudize, wie gesagt, thatsächlich noch fortwährend in dieser Weise durch Neubildungen nach Art des § 2 I 2 revolutionieren! und noch immer statt der staatserrettenden Antiquitäten der historischen Schule lebende Geschichte und dieses nicht vergangene geschichtlich

Digitized by Google

lebende Naturrecht darstellen, welches mit uns geboren ward!! — — Der „Praktiker" also, — gerade er, welcher stilgerecht doch bona fide täglich in seinen Berichten nach oben in einer tiefsten Unterwürfigkeit gegen den Landesherrn „erstarb": er auch noch — ein Revolutionär! Er selbst, welcher seit Jahrhunderten und Jahrtausenden fortwährend, wie fromme Tauben, immer nur wieder zu ganz demselben alten, gewohnheitsrechtlichen Schlage zurückkehrte, er konnte jetzt plötzlich von jedem Grünen als Ketzer, als staatsgefährlich gescholten, denunciert und jeden Tag öffentlich überführt, gebrandmarkt werden: Keine Principienforschung klärte damals sein Gewissen und Bewußtsein über die volle Berechtigung seines Thuns auf und klärte umgekehrt den Wahn und das allein revolutionäre Beginnen der beiden aprioristischen, „doktrinären" Extreme der Natur- wie historischen Schule: über ihre Revolutionen nach vor- und rückwärts! Im Gegentheil: bezüglich ihrer Principien verständnislose Praktiker gestanden die drollige Anklage auch noch bereitwillig zu!! Jedenfalls schwieg die Praxis, und — in solchen ernsten staatserrettenden Fragen —: qui tacet, consentire videtur! So schien es wenigstens der Oeffentlichkeit, dem Laien wie dem, nicht der Praxis angehörigen Gelehrten! — So wagte sich die, ihrer Gründe unbewußte Praxis jetzt erst recht mit ihrem, so als revolutionär entlarvten Rechte kaum mehr an die Oeffentlichkeit und über das Präjudiz hinaus: Wie konnte sie da: mit diesem ihrem theilweise neuen, angeblich revolutionären Rechte die, doch auch von ihr vor allem gewollte, Staats- wie Rechtsordnung noch mitstürzen wollen? Wenn sie es dennoch that, was sollte aus ihrem Rufe, ihrer alterprobten, hingebenden Loyalität, aus ihren Auszeichnungen, Orden, aus ihrer Carrière ꝛc: werden?

Dies Dilemma nun war es, welches jetzt auch unsere, ihrer Principien unbewußte Praxis in eine arge Panik versetzte! Das, was die Hemmnisse einer besseren Rechtsdarstellung erst recht verdopelte: solange, als eine solche unvernünftige Panik währte, und in einer dumpfen, unheilbar scheinenden Resignation einer Verständnislosigkeit die Kluft zwischen Doktrin und Praxis, wie zwischen Wissen und Wirklichkeit sich erst recht aufriß, d. h. solange der Grund der berechtigten Geltung, die Schule des praktischen Rechts noch nicht enthüllt werden konnte! — Unsere historisch-romantische Doktrin aber anderseits kannte jetzt in ihrem „Siegesbewußtsein" keine Grenzen mehr. Nicht blos das totale Niederschlagen der Naturrechtsschule über die berechtigte Grenze hinaus berauschte deren, um ihres hohen guten Zweckes willen fanatischen Anhänger und ihre Clique jetzt zu frenetischem Beifallsjauchzen: Nein, in ihrem ohnehin guten Glauben bestärkte diese fanatisch-romantische Schule eben jetzt auch noch ein Zweites: die Wirklichkeit, die Praxis, welche allein noch diese extremen Ueberschwänglichkeiten des geschichtlichen Zurückgehens zu einer gesammten „Vergangenheit" hätte in Zaum halten und ihr ein principiis obsta hätte zurufen müssen, auch sie verließ, jetzt völlig kampflos, wie feige,

Digitized by Google

das Schlachtfeld der Oeffentlichkeit der Litteratur: — scheinbar besiegt! — Vae victis! Selbst die Wirklichkeit schien von der Romantik des Rechts der gesammten Vergangenheit besiegt! — — Freilich, diese Wirklichkeit des Lebens selbst und der Praxis konnte so zwar nicht besiegt sein; aber die Praxis gerierte sich wenigstens ganz, wie eine Besiegte; sie verließ das Schlachtfeld, welches jetzt der Sieger allein, wenn auch gleichfalls nur zum Schein, mittels Scheingründen behauptete! — In unserer Praxis aber bildete sich nun von da an, statt des allein rettenden offenen, ein ganz neues, dauernd allein festgehaltenes und jetzt erst recht schädigendes Dogma und Princip aus, das einzige besondere vielleicht, welches die Praxis jetzt, principiell bewußt, fast ein Jahrhundert lang noch für sich beanspruchte und vertrat, und welches zuvor noch keine Praxis übte: Nimmermehr die stolze Praxis der klassischen Römer, nicht einmal der unbeholfenere mos Italicus der Citramontaner und Ultramontaner Bologna's, nicht der nicht minder unbeholfene deutsche usus modernus pandectarum, nicht das englische Kanzlergericht of equity: Das Dogma nämlich, unsere Praxis, diesen Spiegel des Lebens des Rechts, gehe nur ein „casuistischer Rechtsfall", eine bloße Casuistik des Präjudizes an, eine Fallmeisterei, sonst aber nichts; niemals ein Princip! (§ 4 D III.) Der Praktiker also sei so gewissermaßen eine ganz besondere Menschenart, für welche das Denken über und principielle Gründe für ihr regelmäßiges Handeln, Regeln, Grundgesetze oder Grundprincipien unzulässig seien. Solche Principien, wie die hier in diesen Versuchen vorliegenden, welche eine Präjudizialfrage für jedes klare und korrekte Urtheilen der Praxis sind, seien bloße „Theorie", und eine solche Theorie, welche der Praktiker doch von jeher unbewußt, stillschweigend und concludent anwendete, liege nicht im „Berufe" eines Praktikers: Sondern das Denken über die Grundgesetze gerade des praktischen Rechts, eine Wissenschaft des Rechts überhaupt, sei Aufgabe wieder eines ganz andern besonderen Berufsstandes und Menschenschlages: einer Doktrin allein (§ 4 D III u. IV)! Offenbar gleichfalls wieder einer Kaste von ganz anderem Blute! Denn sonst — wären diese Theoretiker gewöhnliche Menschen, — so müßte ja die Gabe des Principes, die Gabe des Denkens über die Gründe des eigenen Thuns erst kommen und eingeblasen werden in dem Momente, in welchem der Professor das „Holz" eines Katheders besteigt; es würde freilich alsdann auch in diesem Falle offenbar mindestens ein „wunderthätiges" Holz vorliegen müssen, zu welchem wir Praktiker nichtsdestoweniger gläubig emporzublicken, zu wallfahrten hätten! — — Man mied also geradezu — und verlernte deshalb auf Seite der Praxis auch nach und nach — nothwendig und vollständig gründlich — jedes eigene principielle Denken von selbst: — nur nicht das unbewußte Handeln! Während doch die ältere historische Doktrin und ihre Clique so eifrig dafür sorgte, daß niemand anders denken durfte, als gerade nach den Principien ihrer: zum Theil romantischen, falschen Schule eines

Digitized by Google

vergangenen Rechtes, handelte die Praxis im Präjudize concludent! — So kam es aber schließlich, daß ein Praktiker, soweit er litterarisch über die Fallmeisterei des Rechtsfalls und allenfalls über den Proceß und das Partikularrecht hinausging, von nun an in eine ähnliche Rolle nahezu gegenüber dem richtigen, erbeingesessenen übrigen Praktiker gerieth, wie etwa ein Schauspieler bis zum Mittelalter und darüber hinaus, welcher das eigene Thun der Mitbürger oder Philister auf den Brettern einer offenen Bühne darstellen, schildern wollte: Er wurde allseitig mißachtet, vielleicht mittels levis notae macula der Ehre beraubt, mindestens nicht weiter befördert! Ein einzelner Winkel der Welt in einem deutschen Bundesstaate zeichnete sich ja noch jetzt (bis 1891) dadurch aus. Diese Principlosigkeit aber machte die Praxis selbst erst recht, und zwar jetzt auch bei ihren Freunden, bei Praktikern selbst verhaßt: Man beklagte sich jetzt allseitig erst recht über eine Präjudizienwirthschaft, darüber, daß die Präjudizien-sammlungen immer mehr in unzählbare Bände anwachsen! Ein systematisches Begreifen der praktischen Neubildungen allein (Beispiele § 212) mittels einer römischen Technik — eine praktische Theorie allein — würde ja ermöglichen, diese Praxis so compendiös mitzutheilen, wie die Fragmente der Just. Pandekten!

Warum also noch lange Zeit, noch zum Theil heute eine Entwirrung des gordischen Knotens von Doktrin und Praxis oder ein „litterarischer Praktiker" einem großen Theile der Praxis selbst kaum erwünscht war und ist, während sich allerdings ein anderer einsichtiger Theil der Praxis nach Befreiung aus dieser geistigen Knechtschaft unter einer aprioristisch-doktrinären Schule sehnte? — Das war Sache der Anlage, des „Temperamentes"! Der Melancholiker beispielsweise: der gab jetzt hie und da das „staatsgefährliche" wirkliche Recht schon aus politischen Gründen „ewig" für verloren und sah alles schwarz! Wer sollte ihm je das unergründlich tiefe Schulprogramm Savigny's, dessen Phrase „Geschichte" widerlegen? Tollkühn schien ihm ja ein solches Wagnis: Aehnlich etwa, wie wenn nach dem Zerschmettern Deutschlands durch das „Genie" eines I. Napoleon jemand an die Unabhängigkeit Deutschlands hätte denken wollen! Diese Worte der Schule Savigny's, welche stets von der Praxis, hier von den Römern abschrieb, war ja nach der Versicherung ihrer dienstfertigen Clique: seine erste Offenbarung. Jener aber befolgte da das Beispiel des Fuchses mit den sauren Trauben und beklagte jeden, welcher unter solchen Auspicien aussichtslos gegen Savigny sich auflehnen wollte: Thatsächlich kam er aber in der täglichen Praxis bei jeder Neubildung des § 212, bei jeder Paternitäts-, Alimenten-, Defloration-, Schmerzengeldklage ꝛc. ꝛc. dennoch fortwährend gegen den Unbesiegbaren auf! — Der Sanguiniker? Gründe gegen Savigny waren ihm ja doch gewiß recht „pietätslos". Mindestens mußten sie ja das betrübende Geständnis fordern, daß wir Praktiker ohne ein doch „staatsgefährliches" Naturrecht nicht auskommen können:

Digitized by Google

Die gemeine Praxis, welche doch ihren Geist, ihren Alkohol (§ 1, 5 I a. E.) gar nicht entbehren konnte! Während er so (nach bekanntem Diktum) auf seiner einen Seite zitterte, wenn er einen Bauern „zufolge eines historischen Ideales" aus seinem väterlichen Besitz jagen sollte, lächelte der Süße auf seiner anderen Seite den hohen Idealen hold zu! — Der Phlegmatische, der „Denkmüde": Während der ganzen Woche habe man an seinen Referaten und mit saurer Fallmeisterei ohnehin genug zu thun; an Sonn- und Feiertagen da wolle man endlich seine Ruhe haben. Theorie auch noch! Mit der locke man keinen Hund vor den Ofen! Lieber dem Hausthiere den Schwanz dutzendmal, als auf einmal abschlagen und dann Freiheit von solchen Chikanen (§ 4 III). Aus der Thatsache des Sieges der Doktrinäre auf dem Papiere schloß er bereitwillig, daß sie auch Recht haben müßten. Wenn man ihn quälte, dann bewunderte er ja auch dies „klassische" Recht der Vergangenheit: ja, ja, er sah sich selbst von dem höheren Geiste des Siegers erleuchtet und schaute dann mit tiefer Verachtung auf die eigene Praxis herab. Der Dumme vollends, der zum geistigen Sklaven Geborene, schlug auch noch auf den eigenen Leib der Praxis los, um auch noch das Gelächter des Siegers zu erregen: Nicht zu lange freilich! Im nächsten Momente, wenn man ihm zumuthete, diese „höhere" Jurisprudenz aus Savigny's System und Zeitschrift statt seines Präjudizes nun doch auch anzuwenden: Halt! Da war es etwas anders! Folgen mochte er ihr nicht; da war er selbst wieder der gemeine Praktiker! — Der Choleriker: Er warf jetzt alle Theorie in einen Topf. Ob der Verheerungen, welche Savigny's romantische Schule angerichtet, haßte er wie ein now-nothing von nun an „alle Theorie"; auch den theoretisierenden Praktiker; den erst recht; der war auch daran schuld, auch wenn er die eigene Praxis zu retten suchte; den konnte er eben packen, den Professor auf dem historischen Katheder in seinen Litteratur-Barricaden nicht! Warte, Du mußt mir es büßen: Grau, theurer Freund, ist jede Theorie, grün des Lebens goldner Baum: grün das Präjudiz allein. Daß dies nur Worte eines Mephisto für den Schüler, daß jener unbewacht ganz anders sprach: „Verachte nur Vernunft und Wissenschaft, des Menschen allerhöchste Kraft," das ging ihn nichts an! — — So sehen wir, was eine Doktrin nützte, die durch äußere Mittel einer Reclame emporgehoben, selbst dem jungfräulich unbefangenen Schüler auf Universitäten zuerst in das Herz geschrieben, doch real niemals nachwirken konnte: Denn folgen mochte den Doktrinären kein Praktiker: die Lehre war pro nihilo, soweit sie vom praktischen Recht abwich! — — Wo aber solche dunkle Räume bestehen, da sammelt sich Unrath; es gedeihen Schmarotzer und Motten! Unter diesen Praktikern selbst lauerte der schmähliche Verräther an der Sache seines eignen, wahren und nationalen Rechts: der von der historischen Schule inspirierte wie gezüchtete Polizeimann der Reaktionsperiode, der Spion des früheren Polizeistaates! Auch er konnte nicht die Anwendung des Präjudizes

Digitized by Google

der Praxis verhüten; denn er selbst wendete es nothgedrungen an: es gab in Tagesfragen kein „vergangenes" Recht! Wohl aber „Theorie", dies sich klare Bewußtwerden über dieses, angeblich staatsgefährliche praktische Recht unter den Praktikern selbst, die Pflege, seine Gründe oder Principien, das waren seine Jagdreviere: Und die besorgte er! Aehnlich, wie dereinst etwa eine Tortur jeden Unschuldigen zur Verurtheilung bringen konnte, verfuhr auch er. Beschäftigung mit Theorie des praktischen Rechts war ja zur Blüthezeit der Herrschaft dieser historischen Schule und deren Einflusses auf die Regierungen allein schon ein Grund zu politischer Denunciation in dem, blinder Reaktion in die Arme treibenden Polizeistaate und später noch! Nach Art der Praxis überhaupt in ganz andere Gründe äußerlich eingekleidet, beeinflußte diese Denunciation alsdann fortwährend die amtliche Qualifikation der Vorstände, welche Anhänger der historischen Schule oder von der Clique beeinflußt waren; beispielsweise auch der, welcher das dreifache für den praktischen Dienst leistete, konnte denunciert werden, daß er durch Theorie, durch sog. „Nebenbeschäftigungen", obgleich dies nur Präjudizialfragen für jede klare Judikatur bildeten, den Dienst „vernachlässige"! Zum Danke wurden solche Denuncianten dann auch gewiß noch regelmäßig selbst zu Vorständen von Gerichten gewählt. Da sang dann ein solcher Vorstand als Amme des unmündigen, wahren praktischen Rechts diesem Kinde das Schlummerlied: „Schlaf Kindlein, schlaf, sonst beißen Dich die — —". Namentlich der Bureaukrat in Provinzialstädten: was hatte der alles für die Rettung des Staates durch Verhütung allein wahren und staatserrettenden Rechtes (§ 1, 4 II) zu sorgen und Gefahren zu „riechen"! Welche Flügel von Gesichtserkern waren da in Aktivität! Gerade da, wo keine Gefahren, sondern Wohlthaten für den Staat zu beseitigen waren? Er verlegte sich dort auf den Mückenfang. Unter den Richtern waren gewiß höchst! selten „staatsgefährliche"! Aber unter den unredlichsten Vorwänden ward jeder Kopf, welcher über Grundgesetze des praktischen Rechts ꝛc. nachdachte, jetzt nach Heine ein zwitscherndes Vogelnest von confiscierlichen Liedern. Gefahr war ja in der Pflege von praktischer Theorie natürlich nie gegeben, sondern nur im Gegentheil, nur in den dokrinären Extremen, welche den Polizeimann inspirierten. Was lag aber diesem Streber an Recht und Staat! Er spielte sich ja jetzt nur dem, des praktischen Rechts unkundigen, Polizeimanne, Polizeiminister ꝛc. als Retter von Staat und Ordnung auf, um für sich Carriere und Orden zu erschleichen, um verdiente Vorleute zu überflügeln. Er protegierte im Gegentheil die Anwendung von „falschem rechtsverletzendenden" Rechte, welches im Staate zu Abgründen und Revolutionen führte, im Privatrecht Untergebene schädigte: um den Herrschern zu schmeicheln und für sich „als Staatserretter" Beute zu erringen! — —

Das war vielleicht auch die Zeit jener Coterie oder Clique, von welcher Stintzing spricht (in s. Schrift: Savigny 1862 S. 46), die

Digitized by Google

Zeit der Hassenpfluge, Linde, Schröder, Pernice, Keller, Stahl. Das die Zeit, welche dieselbe deutsche Burschenschaft wegen Erstrebung eines besseren Staatsrechts in die Kerker brachte, welche später den Staat allein sicher leitete; eines Staatsrechtes, welches, von den 1860er Jahren an, alsdann auch deutsche Fürstencongresse ersehnten, selbst noch vergeblich erstrebten, und — welches erst ein Fürst Bismarck ausgebaut! — All diese lebensvollen, hingebenden, praktischen Rechtsbestrebungen konnten damals das Lied singen: Wir hatten gebaut ein stattliches Haus, und drinn auf Gott vertraut; — — sie lugten, sie trugten, und schaltens Verrath: doch was man drinn gerochen ꝛc. ꝛc. So ward das Denken selbst über reale Grundprincipien des harmlosen Civilrechts, dessen das Leben und die Praxis bedurfte, auch für Praktiker concessionierte Sache einzelner rechtgläubiger, staatserrettender Doktrinäre der romantisch-historischen Schule der Universitäten geworden! Und sie besorgten es gut; sie schlossen ja das wahre Recht der Praxis aus, befehdeten fanatisch seine Träger, führten den, durch Antiquitäten morschen Staat so trefflich um 1848 zu Revolutionen, und namentlich um 1870 wankte und sank zum Danke dafür noch so manche Krone, wie zuvor auswärts, welche zu fest sich der Chimäre einer staatserrettenden historischen Schule anvertraute! — —

Ein Erfolg nun dieser polizeilichen Einwirkungen und Chikanen der doktrinären historischen Schule war aber doch, — einmal, daß die große Masse der Praxis jetzt überhaupt keine theoretische Litteratur mehr las: die einer historischen Doktrin konnte sie wegen Unwahrheit nicht brauchen; die einer Praxis lag angeblich „nicht im Berufe der Praxis!“ Sie beschränkte sich auf die Lesung des Präjudizes, ohne zu ahnen, daß ja auch darin eine „Theorie und Schule“ mit Principien stecke! Das war ja das einzige Grundprincip, an dem unsere Praxis jetzt festhielt! — Zweitens, daß auch kein wissenschaftlicher Jurist infolge der durch sie erregten Panik merkwürdigerweise mehr zu Principien des vermeintlich staatsgefährlichen praktischen Rechts auszugreifen sich getraute: zu seiner Schule! So weder: ein Glück, noch ein Mittermaier, noch ein Wächter; selbst ein J. A. Seuffert flüchtete sich ja in den Schmollwinkel seiner Präjudiziensammlung, seines Archivs, ohne noch jemals in seinen Pandekten ihre Principien zu verfolgen. Erst in der jüngsten Zeit kommen theoretische Ueberschreitungen des Rubikon des historischen Programms bei unserer Theorie vor (§ 3 IV 2), und gerade bei Nichtpraktikern. Und ein Ihering starb, als er real hätte nützen können! Nicht blos Anhänger des praktischen Rechts unter den Professoren der Universitäten aber wurden gemaßregelt; wie eben J. A. Seuffert, welcher sich nie aktiv an einer Burschenschaft und an gefährlicher Politik betheiligt haben soll, nur am vermeintlich staatsgefährlichen praktischen Civilrecht! Sondern man erzählt sich auch, daß in den 1840er Jahren, solange ein Savigny in Preußen Justizminister war, kein wissenschaftlicher

Digitized by Google

Praktiker mehr zu höheren Richterstellen zugelassen wurde, welcher dieselben Anschauungen etwa vertreten hätte, welche jetzt laut Seufferts Archiv und der jetzigen Reichsgerichtsentscheidungen bei uns thatsächlich als Recht gelten! Und auch außerhalb Preußens ward ja, bis heute, bis 1891 noch! ein ganzer Kreis von befähigten Richtern gemaßregelt und nicht zur höheren Instanz zugelassen, welcher im gemeinen Recht das korrekte Recht des Präjudizes der höchsten Gerichtshöfe anwendete (§ 4 D IV). Vollends ein Praktiker, welcher „praktische Theorie" trieb oder gar deren Schule suchte, glich: dem Kätzlein Goethe's, welches an einer Feuerleiter schleicht! Seine Rettung ist Flucht. Denn es darf ja kein Princip gesucht werden, welches das Anwachsen der Präjudizienssammlungen in immer zahllosere Bände verhütet, und das Wiedergeben derselben mit System und Technik dereinst in der Kürze Justinianischer Fragmente ermöglicht. Eine Theorie? Die wäre nach Savigny staatsgefährlich! Eine Fallmeisterei, ein Hin- und Herschwanken nach Eingebung und Laune, soweit ein Grundprincip Ausschlag geben mußte. Das ist orthodoxe, praktische Jurisprudenz, die förderte: unerachtet des kräftigen Diktum eines Franzosen, daß Wissenschaft gegenüber einer Wissenschaftslosigkeit sei: die Kanone gegenüber einem kriegführenden Naturvolke der Wilden! So scharfsinnig man den casuistischen Rechtsfall mit peinlicher Sorgfalt entschied und in ihm unbewußt und stillschweigend concludente Schulprincipien verwerthete, so scheu zog man sich von dem Aussprechen, vor dem Hauche eines Principes zurück. Das waren staatsgefährliche „Spitzen"! Auch in der Theorie wurde der wissenschaftliche Praktiker, welcher offen gestanden hätte, daß er aus Richterpflicht das praktische Recht principiell für das berechtigte halte, von aller Litteratur ausgeschlossen und als wissenschaftlicher Paria betrachtet; er hätte sich da allenfalls mit einem fränkischen Sprichworte bei Fischschmäußen trösten dürfen: Im Kopf ist die Ehr, im Schwanz ist mehr! Und auch eine rein wissenschaftlich-praktische Litteratur ohne Präjudizienangabe, welche dem Praktiker gestattet hätte, praktisches Recht rein wissenschaftlich principiell zu begründen, bestand nicht mehr! Seuffert's Blättern für Rechtsanwendung beispielsweise gebrach es trotz ihrer mehrfachen trefflichen Redakteure schon an äußerem Raum, um zu einem Principe ausreichend auszugreifen, um beispielsweise etwa auch durch Rechtsgeschichte nachzuweisen, wie so manches römische Institut längst nicht mehr das heutige, z. B. eine römische possessio geschichtlich nimmermehr unser praktisches Besitzrecht ist (§ 2 IV II)! Derartige am Raume gehinderte praktische Litteratur mußte sich damit bescheiden, den unmittelbaren Bedürfnissen des gemeinen Rechts, des Prozesses, Partikularrechts ꝛc. Genüge zu leisten und in diesem Sinne von der Hand in den Mund zu leben, ohne eine petitio principii! Andere Zeitschriften, wie Mittermaier's Archiv für civilistische „Praxis", war infolge vermeintlicher Principlosigkeit des praktischen Rechts mehr und mehr zur historischen Schule übergeschwenkt! ꝛc. Aber auch so

Digitized by Google

manche Regierungen waren ja der wissenschaftlich-principiellen Beherrschung des praktischen Rechtes noch immer nicht hold: wie konnte da praktische Wissenschaft unter untergebenen Richtern gedeihen? Abgesehen von praktisch legislativen Arbeiten werden so nach oben noch jetzt im positiven Rechte höchstens noch compilatorische Nachschlagewerke, Commentare neuer Gesetze, Partikularrechtsfragen ꝛc. begünstigt; „diese allein seien praktisch", „die könne der Praktiker brauchen": als ob die alte Panik nachwirkte: „praktische" Principien seien, den Staat gefährdende! Jene eigentliche, hohe, dringende Aufgabe einer praktischen Jurisprudenz aber, in welcher der Jurist, ähnlich dem sacerdos justitiae einer klassischen Jurisprudenz Roms, versucht, unserem Volke die in diesem „lebenden" Rechte unmittelbar zu enthüllen, namentlich Institute, in welchem dieses reale Leben unseres Rechts durch einseitige aprioristische doktrinäre Schulen wie Unverstand der Zeiten vielleicht ein Jahrtausend lang verkannt und geschädigt (§ 4 a. A.) wurde, und welche deshalb zu Grundprincipien einer Schule ausgreifen müssen', — — das alles wird einem Praktiker, zum Theil nach oben wie nach unten, nicht selten heute noch weit eher verdacht. Man glaubt, es sei nicht sein Beruf, wahres Recht zu ermitteln! Litterarische Arbeiten dienen so jetzt in der Praxis vielfach allenfalls als Vorwand, um Günstlinge, Schwiegersöhne ꝛc. wegen unbedeutendster Arbeiten hoch emporzuheben; bei anderen dagegen konnte es vorkommen, daß man ihren Arbeiten, selbst neben außerordentlichen, praktischen Mehrleistungen für den praktischen Beruf, noch jetzt offen oder unter Verdeckungen das Kainszeichen, den Makel einer „Theorie" aufdrückte oder aufdrücken ließ und dem Darstellenden sein Fortkommen ganz entzog!

So hemmt nicht blos, so schädigt auch jetzt noch die Praxis ihre treuesten Praktiker selbst, welche für die Wahrheit, Größe und Fortbildung ihres eigenen praktischen, dieses unseres nationalen Rechts — nach dem gediegenen Vorbilde der Römer selbst — einzutreten streben würden. Die Praxis steht jetzt in der Anerkennung und Achtung ihres eigenen Rechts sogar bereits hinter unserer Doktrin zurück! — Ein Beispiel aus den anspruchslosen Versuchen des Verf.! — Der Verf. hat bereits im Vorwort angeführt, wie so manche Gedanken der Praxis aus seinen Schriften: Ihering, allerdings in besserer Form, seitdem zu berühmten Werken umgeschaffen: Diese Gedanken der Praxis, wenn von einer berühmten Theorie, nicht vom Praktiker direkt dargeboten, liest alsdann und achtet allerdings nicht blos unsere Doktrin, sondern dann allerdings auch unsere Praxis. Derselbe Praktiker, welcher solche, unmittelbar aus der Schrift eines anderen Praktikers, niemals lesen würde: So verachtet die Praxis sich selbst! — Schon im Vorworte nämlich seiner Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio (Erlangen, Deichert 1884, S. XXV Note d) hat der Verf. erwähnt, was z. B. der „Kampf um's Recht" Ihering's — mit dem vorausgehenden „praktischen Bedürfnisse der Rechtsform

Digitized by Google

gegenüber der histor. Schule" des Verf. — gemeinsam hat: Außer einzelnen neu von Ihering beigefügten, das Princip gar nicht berührenden Nebenfragen (über Notwehr, Selbsthülfe, Prozeßstrafen ꝛc.): die Bekämpfung der ganzen eigentlichen materiellen Grundlage des Rechts der historischen Schule, nämlich die Bekämpfung von deren Recht der „Vergangenheit", ist die des Verfassers. (Man vergl. Ihering's „Kampf ums Recht" 5. Aufl. S. 8 f. mit des Verf. „prakt. Bedürfnis der Rechtsreform" 1865 S. 110 f., S. 115 f., bes. S. 117 ff. Das „Kämpfen" ums Recht ist dabei ja überhaupt nur eine der Formen, die Staffage, innerhalb deren sich die eigentliche Grundlage der historischen Schule, ihr Recht der „Vergangenheit", im thatsächlichen Leben einer realen Welt durchgängig in der gerade entgegengesetzten eigentlich juristischen Grundlage, in einem Leben des Rechts innerhalb der „Gegenwart" zeigt! Uebrigens ist ja in derselben Schrift des Verfassers selbst S. 42—48 unter anderem auch schon dieser „Kampf" des jeweilig lebenden praktischen Rechts betont. Denn ein solcher realer Kampf entsteht nur bei einem praktischen Civilrechte gegenüber einem historischen, nicht bei einem utopischen Naturrechte; dieser letztere Kampf beschäftigt höchstens die Gelehrten!) Ebenso ist die, von Ihering seit 1872 und 1888 angekündigte, ganze bessere Richtung oder Schule selbst, laut des vorliegenden Vorwortes sogar wörtlich die vom Verf. schon 1865 zuvor als nothwendig bezeichnete: Sowohl die Negation der bisherigen historischen Schule: als eine „romantische", als die Bezeichnung der positiven, jetzt nothwendigen Rechtsschule: als eine „realistische"! Auch selbst die jetzige Analogie der Rechtsschöpfung des deutschen Reichs mit dieser besseren Rechtsschule Ihering's von 1888 hat der Verf. seit 1873 gezogen. Diese Resultate nun des Verf. erzielten seitdem im Munde Ihering's, somit im Munde unserer Doktrin, hohe Achtung, während wegen derselben Resultate der Verf. selbst seitdem trotz seiner Mehrleistungen im Berufe von einem fanatischen Anhänger der historischen Schule innerhalb der Praxis mit unstatthaften Mitteln nach Art des § 4 D IV ungehindert, anfangs offen, dann verdeckt: „wegen Theorie" gemaßregelt (S. 350) wurde! — Ihering leider (S. 349) allegiert das litterarische Eigenthum des Verf. in keiner seiner Schriften. Sei es aus dem Grunde, weil, wie er selbst (Scherz und Ernst S. 259) sagt, der Name praktisch in unserer herrschenden Litteratur nicht genannt werden durfte, sei es, weil von ihm dann umsoweniger ein Praktiker in dieser Litteratur als Autor sachlicher Gründe genannt werden durfte! Dies aber gerade ermöglichte den Nachweis, wie wegen derselben Principien unsere Doktrin schon hohe Triumphe feiert, während die Praxis selbst wegen derselben den, sie zuerst aufstellenden Praktiker noch tief schädigt! — So sinkt dieser von beiden Seiten, von Freund und Feind mutuis telis getroffen, nieder, sobald er für die Wahrheit nud Nothwendigkeit des eigenen praktischen Rechts eintritt, und schädigt die Praxis selbst die Vertreter ihres eigenen wahren Rechts!



Digitized by Google

Was hat es aber dann anderseits unserer Praxis selbst genützt, daß ein Theil derselben so — inmitten des, in rasender Leidenschaftlichkeit entbrannten wissenschaftlichen Kampfes von Recht: gegen „ihr" Recht — die Wahrheiten ihres staatserhaltenden Rechts nur stillschweigend und schlummernd zu üben gedachte, daß ein anderer Theil dieser Praxis seit jener Zeit servil und sklavenartig die eigenen Vertreter dieser ihrer Wahrheiten schädigte: Seit einer Zeit, in welcher reden Pflicht ward, zumal Richterpflicht; zu einer Zeit, in welcher doch die, Alleinherrschaft prätendierende (§ 3 II B 2) historisch-romantische Schule ein aut-aut, ein Farbebekennen, entweder eine Angehörigkeit an ihre, oder eine fanatische Gegnerschaft gegen unsere Praxis, selbst mit äußeren Mitteln, wie gegen eine ungeschichtliche Schule, proklamierte? (Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. I, 1815, S. 2 mit 12 ff.) — Dieser Theil der Praxis achtete sich selbst nicht und ihre allein quellengemäße, neuerdings doch auch selbst von der, zuvor gespaltenen Doktrin im Präjudize wieder adoptierte, concludente Wissenschaft; er schädigte die Vertreter eben dieser ihrer eigenen correkten, concludent geübten Principien: — — Nur aber wer sich selbst achtet, wird auf Achtung anderer Anspruch machen können: Das war so eben die Zeit der „tiefsten Erniedrigung" unserer wahren, positiven Praxis! — — Der Erfolg eben war: unsere ganze Praxis ward der Sündenbock und Prügelknabe für unsere beiden bisherigen, unter sich selbst streitenden aprioristisch falschen Rechtsschulen: — eben weil sie allein correktes Recht darstellte! — Gerade wir Praktiker könnten uns ja eine solche Lage vor allem leicht vergegenwärtigen: Wir machen ja in unseren Straffitzungen täglich die gleiche Erfahrung! Auch bei, in Aktion tretenden sonstigen streitlustigen „Gesellschaften" nämlich (nicht anders, wie bei gelehrten Schulen) bekommt bekanntlich stets, gleich den Prioritätsaktien einer Aktien-„Gesellschaft", erfahrungsgemäß vor allem derjenige einen Antheil, eine Dividende und Superdividende (von Schlägen) vorausbezahlt, welcher als harmloser Zuschauer oder sonstwie gerade zufällig in der Nähe steht oder gar vermittelt. Wir Richter nun müssen zwischen solchen streitenden Parteien entscheiden und so vermitteln. Dies fordert unser Beruf; wir handeln zwar soweit correkt. Aber wir müssen uns doch auch als Urtheilende, darüber, wie wir urtheilen, unseren Standpunkt wahren: Sonst bekommen auch wir „Dividenden", als ob wir an dem Streite der Gesellschaft betheiligt wären. Ja bei der Dunkelheit der uns umgebenden Nacht kann auch noch das vorkommen. Der eine Praktiker, welcher sich der Art und der Gründe seines Vermittelns noch nicht klar bewußt ist, solange wir Praktiker noch selbst keinen festen und sicheren Boden, unser eigenes Heim im Wissen gefunden, wird schließlich auch noch von dem „andern Praktiker" als zur streitlustigen Gesellschaft gehörig: wegen Theorie verfolgt, wenn er doch auch nur die Angriffe auf ihn selbst, auf uns alle, auf unsere stumme, in der Litteratur unmündige Praxis, abzuwehren versucht: So verschoben sich bisher die Coulissen

Digitized by Google

unserer „Comödie der Irrungen"; so groß war die allgemeine Verwirrung, welche aprioristische Doktrinäre grundlos geschaffen. — So aber war unsere Praxis auch selbst bei keinem der Extreme ein gleichgeachteter Faktor. Vielmehr, weil sie ihre Rechtsgründe und Schule nicht kannte, auch noch für die eigene Unfähigkeit beider doktrinären Extreme, das geschichtlich lebende, quellengemäße Recht zu erkennen, haftbar erklärt und von den Praktikern selbst noch geschädigt! — Dies war seit dem Erstehen einer romantischen historischen Schule das Verhältnis unserer Praxis zu dieser wie unter sich! Dies die Folgen der eigenen Apathie unserer Praxis: Diese schädigte so Theorie und Praxis!

III. Kämpfe und Gegensätze „innerhalb der neuesten Praxis selbst". — Auch in das Innere unserer Praxis selbst wogte, wie soeben angedeutet, hie und da, namentlich von den Extremen der historischen Schule angefacht, ein unbewußter Kampf hinein. Es sind dies vielfach Fälle des § 2 I 2, in welchen Grundsätze der historischen Schule und unbeachtete Principien einer wirklichen, praktischen „Theorie" zu verschiedenen materiellen Resultaten führen (so sehr auch das Gros unserer Praxis doch noch immer glaubt, als Praxis Principien oder eine Theorie entbehren zu können!) Eine gewöhnliche Streitfrage war ja da schon die, in unserer Hauptprincipienfrage des § 1 Ziff. 1 sich ausprägende: gilt gemeinrechtlich „vermeintlich gesetzliches" rein römisches Recht, wie das der historischen Schule, oder das Präjudiz? Wann darf sich ein Recht neu bilden? Ferner, selbst wenn gesetzlich nur einzelne, moderne Ausnahmen vom römischen Rechte vorlagen, wie im Besitze des Detentor, der nicht eingetragenen Genossenschaft ꝛc.: ob dieselben generalisiert werden durften? Und ähnliche. Dieser Kampf schon erklärt sich, wie gesagt, einzig daraus, daß unsere Praxis bisher ihre eigenen, regelmäßig und stillschweigend geübten Principien nicht immer genügend kannte und sich so klar bewußt ist: wann und an welchem rechten Orte sind geschichtliche Quellen: Gesetz- und Gewohnheitsrecht, wann Naturrecht oder Weiterbildung, Construktion eines geschichtlichen Rechtes durch ungeschichtliches Naturrecht berechtigt anzuwenden? (§ 5—7.) So mußte ein Uebermaß in der Anwendung des einen oder des anderen doktrinären Extrems immer wieder nothwendig Kämpfe verursachen, und der Kampf wird ebendeshalb solange dauern, bis diese primitivsten Principien, am besten Hand in Hand mit einer praktischen Theorie oder Doktrin, in deren Lehrbücher, Pandekten ꝛc. gefunden und dargestellt sind. Solche principiell unbewußte Kämpfe aber überragten innerhalb der Praxis an Fanatismus nicht selten die Kämpfe innerhalb unserer historischen Doktrin noch um ein Beträchtliches. Denn auch in die Praxis ragt ja der Fanatismus der historischen Schule und die Gewaltthätigkeit ihrer Clique herein! Pflege des praktischen Rechts, insbesondere litterarische, gab ja selbst Grund zu Maßregelungen von Richtern! ꝛc.



Digitized by Google

Was hat es aber dann anderseits unserer Praxis selbst genützt, daß ein Theil derselben so — inmitten des, in rasender Leidenschaftlichkeit entbrannten wissenschaftlichen Kampfes von Recht: gegen „ihr" Recht — die Wahrheiten ihres staatserhaltenden Rechts nur stillschweigend und schlummernd zu üben gedachte, daß ein anderer Theil dieser Praxis seit jener Zeit servil und sklavenartig die eigenen Vertreter dieser ihrer Wahrheiten schädigte: Seit einer Zeit, in welcher reden Pflicht ward, zumal Richterpflicht; zu einer Zeit, in welcher doch die, Alleinherrschaft prätendierende (§ 3 II B 2) historisch-romantische Schule ein aut-aut, ein Farbebekennen, entweder eine Angehörigkeit an ihre, oder eine fanatische Gegnerschaft gegen unsere Praxis, selbst mit äußeren Mitteln, wie gegen eine ungeschichtliche Schule, proklamierte? (Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. I, 1815, S. 2 mit 12 ff.) — Dieser Theil der Praxis achtete sich selbst nicht und ihre allein quellengemäße, neuerdings doch auch selbst von der, zuvor gespaltenen Doktrin im Präjudize wieder adoptierte, concludente Wissenschaft; er schädigte die Vertreter eben dieser ihrer eigenen correkten, concludent geübten Principien: — — Nur aber wer sich selbst achtet, wird auf Achtung anderer Anspruch machen können: Das war so eben die Zeit der „tiefsten Erniedrigung" unserer wahren, positiven Praxis! — — Der Erfolg eben war: unsere ganze Praxis ward der Sündenbock und Prügelknabe für unsere beiden bisherigen, unter sich selbst streitenden aprioristisch falschen Rechtsschulen: — eben weil sie allein correktes Recht darstellte! — Gerade wir Praktiker könnten uns ja eine solche Lage vor allem leicht vergegenwärtigen: Wir machen ja in unseren Straffitzungen täglich die gleiche Erfahrung! Auch bei, in Aktion tretenden sonstigen streitlustigen „Gesellschaften" nämlich (nicht anders, wie bei gelehrten Schulen) bekommt bekanntlich stets, gleich den Prioritätsaktien einer Aktien-„Gesellschaft", erfahrungsgemäß vor allem derjenige einen Antheil, eine Dividende und Superdividende (von Schlägen) vorausbezahlt, welcher als harmloser Zuschauer oder sonstwie gerade zufällig in der Nähe steht oder gar vermittelt. Wir Richter nun müssen zwischen solchen streitenden Parteien entscheiden und so vermitteln. Dies fordert unser Beruf; wir handeln zwar soweit correkt. Aber wir müssen uns doch auch als Urtheilende, darüber, wie wir urtheilen, unseren Standpunkt wahren: Sonst bekommen auch wir „Dividenden", als ob wir an dem Streite der Gesellschaft betheiligt wären. Ja bei der Dunkelheit der uns umgebenden Nacht kann auch noch das vorkommen. Der eine Praktiker, welcher sich der Art und der Gründe seines Vermittelns noch nicht klar bewußt ist, solange wir Praktiker noch selbst keinen festen und sicheren Boden, unser eigenes Heim im Wissen gefunden, wird schließlich auch noch von dem „andern Praktiker" als zur streitlustigen Gesellschaft gehörig: wegen Theorie verfolgt, wenn er doch auch nur die Angriffe auf ihn selbst, auf uns alle, auf unsere stumme, in der Litteratur unmündige Praxis, abzuwehren versucht: So verschoben sich bisher die Coulissen

Digitized by Google

unserer „Comödie der Irrungen"; so groß war die allgemeine Verwirrung, welche aprioristische Doktrinäre grundlos geschaffen. — So aber war unsere Praxis auch selbst bei keinem der Extreme ein gleichgeachteter Faktor. Vielmehr, weil sie ihre Rechtsgründe und Schule nicht kannte, auch noch für die eigene Unfähigkeit beider doktrinären Extreme, das geschichtlich lebende, quellengemäße Recht zu erkennen, haftbar erklärt und von den Praktikern selbst noch geschädigt! — Dies war seit dem Erstehen einer romantischen historischen Schule das Verhältnis unserer Praxis zu dieser wie unter sich! Dies die Folgen der eigenen Apathie unserer Praxis: Diese schädigte so Theorie und Praxis!

III. Kämpfe und Gegensätze „innerhalb der neuesten Praxis selbst". — Auch in das Innere unserer Praxis selbst wogte, wie soeben angedeutet, hie und da, namentlich von den Extremen der historischen Schule angefacht, ein unbewußter Kampf hinein. Es sind dies vielfach Fälle des § 2 I 2, in welchen Grundsätze der historischen Schule und unbeachtete Principien einer wirklichen, praktischen „Theorie" zu verschiedenen materiellen Resultaten führen (so sehr auch das Gros unserer Praxis doch noch immer glaubt, als Praxis Principien oder eine Theorie entbehren zu können!) Eine gewöhnliche Streitfrage war ja da schon die, in unserer Hauptprincipienfrage des § 1 Ziff. 1 sich ausprägende: gilt gemeinrechtlich „vermeintlich gesetzliches" rein römisches Recht, wie das der historischen Schule, oder das Präjudiz? Wann darf sich ein Recht neu bilden? Ferner, selbst wenn gesetzlich nur einzelne, moderne Ausnahmen vom römischen Rechte vorlagen, wie im Besitze des Detentor, der nicht eingetragenen Genossenschaft ꝛc.: ob dieselben generalisiert werden durften? Und ähnliche. Dieser Kampf schon erklärt sich, wie gesagt, einzig daraus, daß unsere Praxis bisher ihre eigenen, regelmäßig und stillschweigend geübten Principien nicht immer genügend kannte und sich so klar bewußt ist: wann und an welchem rechten Orte sind geschichtliche Quellen: Gesetz- und Gewohnheitsrecht, wann Naturrecht oder Weiterbildung, Construktion eines geschichtlichen Rechtes durch ungeschichtliches Naturrecht berechtigt anzuwenden? (§ 5—7.) So mußte ein Uebermaß in der Anwendung des einen oder des anderen doktrinären Extrems immer wieder nothwendig Kämpfe verursachen, und der Kampf wird ebendeshalb solange dauern, bis diese primitivsten Principien, am besten Hand in Hand mit einer praktischen Theorie oder Doktrin, in deren Lehrbücher, Pandekten ꝛc. gefunden und dargestellt sind. Solche principiell unbewußte Kämpfe aber überragten innerhalb der Praxis an Fanatismus nicht selten die Kämpfe innerhalb unserer historischen Doktrin noch um ein Beträchtliches. Denn auch in die Praxis ragt ja der Fanatismus der historischen Schule und die Gewaltthätigkeit ihrer Clique herein! Pflege des praktischen Rechts, insbesondere litterarische, gab ja selbst Grund zu Maßregelungen von Richtern! ꝛc.



Digitized by Google

Beim Prävalieren einer historischen Schulanschauung verhält sich aber die Rechtsanwendung der Praxis materiell ähnlich, wie unsere Doktrin. Nur geht unsere historische Doktrin in der Anwendung von vergangenem Rechte materiell noch etwas weiter. — Diese nämlich hält in zweifacher Weise an einem historisch „vergangenen" Rechte — gleichwie an einem „gegebenen Gesetze" — fest und vernachlässigt darüber alle anderen, gleichfalls positiven Rechtsquellen, z. B. das gegebene Gewohnheitsrecht. 1. Sowohl da nämlich, wo wenigstens ein früheres, jetzt nur vermeintliches heutiges Gesetz vorliegt, wie: die frühere Gesetzgebung des römischen corpus juris, welche nach neuester Ueberzeugung allerdings für uns in Deutschland nie wirkliches Gesetz war. Als auch 2. in übertriebenster Weise da noch, wo nur ein geschichtliches geschriebenes Recht, nicht einmal nothwendig auch nur ein früheres römisches Gesetz oder ein glossiertes Gewohnheitsrecht vorlag; z. B. bei der vorjustinianischen Jurisprudenz: den Institutionen des Gajus, den Vaticanischen Fragmenten, den Fragmenten Ulpians ꝛc., welche doch für uns nur wissenschaftlichen Werth haben können i. e. nur durch ihre inneren Gründe, also im Grunde als Naturrecht, wirken dürfen und besseren Gründen weichen müssen! Beide Arten von Rechtsbestandtheilen respektiert die ältere historische Schule z. B. in Savigny's System, Zeitschrift, Besitz zumeist wie ein Gesetz. Man könnte diese übertriebene Behandlungsweise des Rechts mit dem Worte: „Legismus" (Subsumtion) charakterisieren: wegen ihrer einseitigen Bevorzugung einer wirklichen oder vermeintlichen Rechtsquelle des „Gesetzes"; einseitig, als ob neben einem Gesetze des geschichtlichen Rechts nicht noch weitere, positiv gleichfalls zu berücksichtigende selbst geschichtliche Rechtsquellen (bes. geschichtliches Gewohnheitsrecht ꝛc.) vorlägen, und als ob man nur receptiv Recht zu finden, an der Hand der übrigen positiven Rechtsquellen aber niemals über den Buchstaben eines solchen Gesetzes oder geschriebenen Rechts hinauszugehen berechtigt wäre! — Dieser übertriebene Legismus nun findet sich, auch in der Praxis — zwar nicht in seiner zweiten Anwendung (so daß man offenbare Antiquitäten, z. B. Gajus, Ulpians Fragmente ꝛc. wie ein Gesetz anwendet), wohl aber in seiner ersten Anwendung, in der Weise somit, daß man das römische corpus juris, soweit es glossiert ist, wie ein Gesetz befolgen möchte, so daß kaum Gewohnheitsrecht hieran etwas änderte: — Dies nun ist eine erste mögliche Ausschreitung und eine erste Möglichkeit von Gegensätzen und Kämpfen auch innerhalb unserer Praxis; und zwar eine solche, welche durch die historische Schule in die Praxis hineingetragen ist. — — Diesem extremen Legismus und Haften an dem Rechte einer Vergangenheit der historischen Schule überhaupt bot in der Praxis von jeher einen Gegensatz: die, gleichfalls oft völlig unbewußte Construktion oder Neubildung ganzer lebender Institute und Principien (§ 2 I 2) aus einzelnen gegebenen casuistischen Ausflüssen der Rechtsquellen, und ihr Ausbau zu ihrem System. Wie wir sehen

Digitized by Google

werden, ist diese Construktion sowohl eine materielle der Praxis und des deutschen Privatrechts, indem man nun „materielle" Institute und Principien ausbaut; als: die blos formale der neueren Romanisten, Iherings u. a., indem man für unverändert gegebenes römisches ꝛc. Recht nur formal neue Begriffe oder Definitionen schafft (§ 1 Zff. 4 I β; § 1 Zff. 9 II; § 5). Diese materielle Construktion kann wieder entweder unterlassen, oder übertrieben, oder innerhalb positiver Grenzen gepflogen werden. Die Unterlassung jeder Construktion nach Art des § 2 I 2 gebietet die extreme historische Schule. Ebenso ist es wohl andernfalls eine Uebertreibung der Naturrechtsschule oder ihrer Philosophie, daß sie überall aus Vernunft construieren und ganz neue materielle Rechte, selbst auch da schaffen will, wo eine lebende Geschichte, z. B. ein Gesetz, Gewohnheitsrecht noch fortlebt, d. i. noch nicht durch andere geschichtliche Rechtsquellen, wie z. B. Gewohnheitsrecht, so aufgehoben ist; z. B. der naturrechtsphilosophische Vorschlag einer gemeinrechtlichen Aufhebung etwa der Todesstrafe im Reichsrechte! Eine richtige Vermittlung beider extremen Schulen wird wohl die Uebung der Praxis oder eine praktische Schule nur durch strengstes Befolgen der positiven Vorschriften der Rechtsquellen bieten können: Sie gestattet materielle Neubildungen von Instituten (§ 2 I 2) ꝛc. regelmäßig also nur dann (5—7), wenn entweder entgegenstehendes überliefertes Recht durch neues geschichtliches Recht, Gesetz oder Gewohnheitsrecht derogiert ist, oder, bei völlig neu entstehenden thatsächlichen Verhältnissen dann, wenn sich ein geschichtliches Recht noch nicht gebildet hat. Wo diese Voraussetzungen nicht gegeben, ist ein Uebermaß nach beiden Seiten und wieder die Möglichkeit eines Kampfes des realen praktischen Rechts gegen aprioristische Doktrinen denkbar! — Nicht zu verwechseln mit dieser materiellen ist die formale Construktion unserer Romanisten, Iherings ꝛc. Diese ist überall gerechtfertigt; denn Begriffe sind nur flüssiger Natur (§ 6, II B c 2); sie unterliegen nie der Fixierung durch Geschichte! — So wogen die Kämpfe unserer extremen doktrinären Rechtsschulen fortwährend in unsere Praxis hinein.

Um nun aber hier Mißverständnisse zu beseitigen, ist weiter beizufügen, wie auch Abweichungen von diesen allgemeinen Regeln existieren; wie alsdann vermeintliche und scheinbare Gegensätze der allerneuesten Praxis gar nicht immer wirkliche Gegensätze, sondern zum Theil nur in der Wirklichkeit nothwendige verschiedene Behandlungsweisen von verschiedenen Rechtsstoffen und vielfach nur eine berechtigte Anwendung der verschiedenen Grundprincipien der Geschichte und des Naturrechts an verschiedenen Orten sind. So bestätigt sich nur wiederholt: Die Praxis hat so in der That fortwährend Geschichte und Naturrecht am rechten Orte neben einander anzuwenden, in manchen Fällen mehr, in andern weniger, ohne daß damit principiell und nothwendig verschiedene und unrichtige Darstellungsweisen vorliegen. — Ein Legismus nämlich oder ein Fest-

Digitized by Google

halten am Gesetze unter Ausschluß einer Construktion ist so namentlich auch in zwei Fällen berechtigt, bei deren Nichtvorliegen sonst eine Construktion berechtigt sein könnte. Erst wo das Festhalten an einem vermeintlichen Gesetze über diese Fälle hinausgeht, erst dann ist hier ein unzulässiger Legismus gegeben, wie ihn das Festhalten der historischen Schule im vergangenen Rechte großgezogen hat. 1. Einmal nämlich ist ein strengeres unbedingtes Festhalten am gegebenen Gesetze regelmäßig berechtigt bei der Anwendung moderner Gesetzbücher überhaupt gegenüber der Behandlung überlieferten, halb antiquierten Rechtes, und: 2. Bei der Anwendung moderner Strafgesetzbücher speciell gegenüber der Darstellung des modernen und überlieferten Civilrechts wie des überlieferten Strafrechts.

Zu 1. Vergleichen wir nun zuerst die Behandlung moderner Gesetzbücher überhaupt im Gegensatze zu der Anwendung überlieferten Rechts.

a) Bei modernen Gesetzbüchern, welche nicht von einer historisch-antiquarischen Schule infolge der Unmöglichkeit der Ausbildung der brennendsten Tagesfragen an ihrer Ausbildung und Vollendung gehindert waren, z. B. bei unseren völlig modernen Civil-Proceß- und Strafgesetzbüchern im allgemeinen, sind alle heutzutage in Frage kommenden Rechtsverhältnisse und Fragen wissenschaftlich bereits vorbereitet und so zumeist und regelmäßig dem Gesetzgeber bereits in ihrem ganzen Umfange bekannt gewesen. Diese sämmtlichen modernen Verhältnisse also hat der Gesetzgeber bereits bewußt gelößt und auch ganz so fixieren „wollen", wie sie jetzt in dem modernen Gesetzbuche stehen. Kurz, es liegt hier regelmäßig ein „gewollter Ausspruch eines Gesetzgebers" bereits vor. Unter diesen Umständen wäre aber eine einseitige, andere Uebung und Rechtsprechung unserer Praxis gegen den ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers ganz ohne Grund! Sie wäre eine unzulässige consuetudo contra legem, niemals berechtigtes Gewohnheitsrecht, weil ja doch die Uebung eines wirklichen Gewohnheitsrechtes einen tacitus consensus omnium, also auch die Zustimmung des Gesetzgebungsfaktors voraussetzen würde, von welchem aber eben sogar ein gewollter gegentheiliger Ausspruch ausdrücklich vorliegt. So erklärt sich, wie eine solche consuetudo contra legem unzulässig wäre. Ein Legismus, ein strammes Festhalten am Gesetze ist hier allein berechtigt! Wir sind hier einfach verpflichtet, dem Gesetze als einer maßgebenden positiven Rechtsquelle, nicht einer haltlosen Praxis, welche an sich nicht Rechtsquelle ist, unbedingt zu gehorchen. Das Gegentheil wäre geradezu Rechtsverletzung. Selbst Analogien, naturrechtliche Construktionen sind hier gegen den gewollten Ausspruch des Gesetzgebers unbedingt ausgeschlossen; nur eine neue, gleich wirksame Rechtsquelle, ein neues Gesetz oder ein wirkliches Gewohnheitsrecht, welchem dann aber bei einem tacitus consensus omnium auch eine Regierung und die gesetzgebenden Faktoren zweifellos, mindestens stillschweigend zustimmen

Digitized by Google

müßten, könnte hier eine Aenderung herbeiführen. Nur höchst selten bestehen selbst auch schon bei neuen Gesetzbüchern, selbst bei Strafgesetzbüchern, Fälle, welche eine Construktion erheischen; so etwa bei dem Vergessen einer Rechtsbestimmung ꝛc. Denn hier allein steht ein Wille des Gesetzgebers nicht entgegen. Beispiele sofort unter 2.

b) Bei überliefertem Rechte überhaupt, namentlich bei überlieferten Gesetzbüchern dagegen verhält sich die Sache gerade umgekehrt. Hier sind nicht selten wirkliche Bewegungen oder Aenderungen des Rechts — nach den drei Möglichkeiten des § 2 II a, Aenderungen: der thatsächlichen Verhältnisse, oder der allgemeinen Ueberzeugungen, oder des Rechtsbegreifens — eingetreten, welche dem früheren rechtserzeugenden Faktor, Gesetzgeber oder Volke, noch gar nicht bekannt waren: Er konnte also dieselben niemals auch bereits regeln wollen! Für solche Verhältnisse nun liegt offenbar kein hindernder Ausspruch eines früheren Gesetzes ꝛc. vor, ein lebendes Recht anders zu normieren: Ohne Kennen eben kein Wille des Gesetzgebers und ohne Wille kein Gesetz! Hier also sind wir berechtigt, das neue gewordene Gewohnheits- ꝛc. Recht materiell zu „construieren". Unsere regelmäßigen gewöhnlichsten Beispiele des praktischen Rechts (§ 2 I 2) werden dies als klar und selbstverständlich zeigen! Auch der Gedanke wie die Formel des römischen Rechts des corpus juris hat nur die, in seiner antiken Zeit, und nur die, an einem für uns geographisch anderen Orte gegebenen Verhältnisse und Ueberzeugungen regeln können und wollen; nimmermehr selbstverständlich auch schon: zeitlich die kommenden Verhältnisse und örtlich: die allgemeinen Volksüberzeugungen und Uebungen, das Gewohnheitsrecht Italiens, Frankreichs, Deutschlands, welches dazumal noch überhaupt gar nicht existierte und ebendeshalb dem antiken Juristen und Gesetzgeber noch gar nicht bekannt, geschweige von ihm zu regeln war! — — Konnte beispielsweise dereinst das antike Rom das künftige thatsächliche Aufhören seiner Sklaverei, das dereinstige Absterben seiner Formularverträge, der Stipulationen, die kommenden gewohnheitsrechtlichen Aenderungen seiner Begriffe von Ehre und Infamie ꝛc. ꝛc. bereits voraus ahnen und schon damals in seinem corpus juris für uns Verhaltungsmaßregeln für den Fall einer Aenderung geben wollen?! Nimmermehr! — — In solche Verhältnisse also kann nur ein Recht einer jeweiligen Gegenwart eintreten. Altes abgestorbenes muß alsdann von diesem beseitigt, die entstandenen Lücken müssen neu ausgefüllt: construiert werden. Dies hätte am sichersten zwar primär der Gesetzgeber der Gegenwart besorgen können. Bei dem bisherigen regelmäßigen Ermangeln einer Gesetzgebung innerhalb des gemeinen Rechts mußte aber von jeher ein Gewohnheitsrecht und die spontane Thätigkeit der Praxis, das Präjudiz eintreten und ein positives Recht unter Berücksichtigung der lebenden Rechtsquelle des Gewohnheitsrechtes neu bilden oder construieren. Diese Construktion kann aber nicht blos bei einem überlieferten Civilrechte eintreten und bei

Digitized by Google

dem, durch heutiges Recht vielfach antiquierten römischen corpus juris allein (§ 2 I 2), sondern ebenso häufig und regelmäßig auch bei einem antiquierten Strafgesetzbuche. Beispiele finden sich eben in dem wiederholt erwähnten Gewohnheitsrechte der gemeinrechtlichen Carolina: gegenüber deren Vorschriften über Foltern, Hexenverbrennen, Zaubereien, selbst gegenüber deren Strafmaßen ꝛc. zur Genüge!

Zu 2. Ein noch weit mehr intensiver Legismus, als bei modernen Gesetzbüchern überhaupt aber, ist bei modernen Strafgesetzbüchern speciell geboten. Deren Strafrecht wird wieder anders dargestellt, als das Recht selbst moderner sonstiger Gesetzbücher, modernster wie alter Civilgesetzbücher und alter Strafgesetzbücher, z. B. der noch vor wenigen Jahrzehnten in Deutschland gemeinrechtlichen Carolina! — Die moderne Strafgesetzgebung nämlich in Deutschland unterscheidet sich überhaupt in dreifacher Weise von der Anwendung des, zur Zeit und im Momente noch geltenden gemeinen deutschen Civilrechts. Zwei dieser Verschiedenheiten haben wir soeben bereits erwähnt: a) das gegenwärtige deutsche Reichs-Strafrecht beruht zumeist auf „Gesetz", somit auf fester Geschichte; das gemeine deutsche Civilrecht dagegen beruht vielfach nicht auf fester Geschichte (Gesetz oder fertigem Gewohnheitsrechte), sondern bei vollständigen Neubildungen zum Theil auf Naturrechte; b) das deutsche Reichs-Strafgesetzbuch enthält ferner „modernes", das gemeine Civilrecht zumeist überliefertes Recht einer Vergangenheit. — Schon aus diesen beiden Gründen treten im heutigen deutschen Strafrecht die soeben zu 1 erwähnten verschiedenen Behandlungsweisen eines Legismus anstatt einer Construktion ein; c) eine dritte Verschiedenheit der Behandlungsweise aber ist den jeweiligen modernen Strafgesetzbüchern ganz speciell eigenthümlich! Bei diesen nämlich ist regelmäßig die Analogie unzulässig, welche innerhalb des Civilrechts umgekehrt geboten ist. — Hier könnte beispielsweise Mittelstädt (Gerichtssaal 1890, Bd. 43 S. 1 ff.) wohl mit Recht geltend machen, wie eine Praxis uns durch civilrechtliche Dehnung, analoge Anwendung und Construktionen von Strafrechtsbegriffen über die Gedanken des Gesetzgebers und über die Ziele des strafbaren Unrechtes überhaupt hinausführen kann. Diese dritte Verschiedenheit nun aber, dieses nothwendige noch strammere Festhalten der modernen Strafgesetzbücher an dem Gesetze und an einem Legismus, müssen wir hier speciell hervorheben, um zu zeigen, daß auch hier nicht ein Gegensatz von Principien, sondern nur ein „anderes" Princip an einem anderen Orte: — im Strafrechte speciell nämlich — gerechtfertigt ist.

Das Civilrecht beispielsweise fordert geradezu umgekehrt die Anwendung der Analogie. Es fordert von uns Juristen sogar ein, das ganze Rechtssystem durchgreifendes Festhalten an einer ratio im Sinne der Römer; das, was an dem einen Orte billig ist, muß es auch an dem anderen sein, d. i. das Civilrecht erfordert eine einheit-

Digitized by Google

liche Ausgleichung der Principien des, nicht singulären Rechts, welches eben allein eine Analogie zuläßt, soweit ihr nicht ein geschichtlich lebendes Recht, ein Gesetz oder Gewohnheitsrecht, entgegensteht. Unsere wiederholt in unseren Untersuchungen angezogenen Beispiele zeigen dies klar. Aus dem bekannten einen casuistischen, aber gesetzlich gegebenen Falle des folternden Richters der Carolina Art. 20 u. 21 hat auch unsere Praxis und Doktrin eine generelle civilrechtliche Schmerzengeldklage, aus den einzelnen gesetzlich und gewohnheitsrechtlichen Fällen des Vasallen, canonischen Pfründebesitzers, des Faustpfandgläubigers ꝛc. hat sie auch im gemeinen Rechte neuerdings nach den ersten Anregungen des Verf. eine generelle Besitzklage des Detentor ohne animus domini, aus ähnlichen einzelnen geschichtlichen Fällen einer Genossenschaft den, von der römischen societas verschiedenen generellen Societätsbegriff der Genossenschaft mit Recht neu gebildet oder construiert, gleichwie dereinst die Römer aus dem, durch culpa — corpore corpori zugefügten Schaden eine generelle Aquilische Ersatzklage schufen, welche die Gegenwart wieder durch die Schmerzengeldklage erweiterte ꝛc. Diese Analogien oder Generalisierungen (cf. § 5 III 2 α β), ja diese vollständigen Neubildungen oder materiellen Construktionen sind im heutigen Civilrechte innerhalb unserer Praxis so geläufig und nothwendig, daß wir ohne sie kaum die alltäglichste praktische Paternitäts-, Alimenten-, Defloration sklage zuzulassen berechtigt wären!

Das Strafrecht der modernen Strafgesetzbücher nun aber gestattet gerade umgekehrt diese Analogie und Construktion nicht. Hier gilt umgekehrt mit Recht der starr legistische Grundsatz, welchen eben das Civilrecht nicht kennt: nulla poena oder hier: nulla actio sine lege: keine Anklage und Strafe ohne Gesetz, während, wie oben bemerkt, das thatsächlich geltende Civilrecht zahlreiche Klagen ohne Gesetz kennt (z. B. § 2 I 2)! — Anderseits werden auch im modernen Strafrechte neue Reate auftauchen, auch solche, welche der frühere Gesetzgeber nicht unbeahndet wissen wollte, sondern entweder unabsichtlich übersah oder noch nicht kennen konnte. Z. B. die dereinst in unserem Reichsstrafgesetzbuche unbeachtete Uebung der Sklaverei, der Sklavenhandel unserer Colonien; früher etwa auch Störungen von Eisenbahnen, elektrischen Anlagen, jetzt Reate über den Verkehr mit Dynamit, Anarchismus ꝛc. Solche Reate nun, soweit sie der moderne Gesetzgeber wirklich nicht beahndet wissen wollte, werden vielleicht nach dem Grundsatze nulla poena sine lege zwar eine Zeit lang straflos verbleiben, bis der Gesetzgeber neuerdings einschreitet. Da aber, wo kein Wille des Gesetzgebers zu constatieren ist, solche, der Sitte zuwidere Verletzungen zu strafen, wo im Gegentheil Gesetzgeber und Volk als Ganzes von der Nothwendigkeit einer Strafe zufolge opinio necessitatis überzeugt ist, steht wohl der Bildung eines Gewohnheitsrechts auch im Strafrecht nichts entgegen. Ja das Gewohnheitsrecht wird seinen ersten Anfang vielleicht auch hier

Digitized by Google

sogar nur durch Natur-, wissenschaftliches oder Juristenrecht (eines höchsten Gerichtshofes ꝛc. allenfalls) begründen können: Dies tritt also ein namentlich in solchen Fällen, in welchen der moderne Gesetzgeber das betreffende Reat oder ein specielles Requisit desselben offenbar nur vergessen oder unrichtig ausgedrückt hat. Dann aber wird auch im Strafrechte: sowohl ein Gewohnheitsrecht als auch eine materielle Construktion eintreten dürfen, weil in diesen Fällen sogar ein Wille des Gesetzgebers vorzuliegen pflegt, welchem nur ein Vergessen oder ein unrichtiger irrthümlicher Ausspruch entgegensteht. Solche Reate werden überdies im Detail zugleich einer naturrechtlichen Construktion, i. e. eines Ausbaues bedürfen (wie ja überhaupt Gewohnheits- und Naturrecht sich immer unterstützend an die Hand gehen, weil das Gewohnheitsrecht nie zur Regelung seines Details allein ausreicht.) — Ein Beispiel einer Nothwendigkeit einer solchen Construktion selbst auch innerhalb der modernen Strafgesetzgebung in Deutschland zeigt unser jetziges Reichsstrafgesetzbuch: etwa in § 223 R.St.G.B. Ohne Zweifel ist die Fassung dieses Gesetzesparagraphen an sich so, daß nach seinem Buchstaben auch das Züchtigungsrecht der Eltern, Lehrer ꝛc. principiell ausgeschlossen und straffällig wäre. Denn auch dieses ist wohl unzweifelhaft eine „vorsätzliche und schmerzenerregende Körperverletzung". Der § 223 aber erwähnt keinerlei Ausnahme, und: lege non distinquente sollten wir ohne Grund keine Unterscheidung treffen. Nichtsdestoweniger besteht erfahrungsgemäß nach dem Erlasse des Reichsstrafgesetzbuches wie zuvor eine Ausnahme, eben dies Züchtigungsrecht, in allgemeinster Uebung, und zwar ausdrücklich anerkannt von den Regierungen in zahllosen Verordnungen, anerkannt vor dem Präjudiz der Gerichte, wie geübt im Volke; es besteht so infolge tacitus consensus omnium und allseitiger Uebung somit als „Gewohnheitsrecht"! Nur eine Aeußerung oder Consequenz der Anwendung dieses Gewohnheitsrechtes, nur eine ausbauende Construktion ist es, daß die Praxis dem § 223 das Requisit der „Rechtswidrigkeit" beifügt. Dies theoretische Requisit steht ebensowenig in den Gesetzesworten; was berechtigte also die Praxis hiezu? Die Praxis als solche zudem ist nicht berechtigt und nicht selbst Rechtsquelle: es ist dies Requisit somit nur eine Ausführung der Anwendung eines, in der Praxis bestehenden Gewohnheitsrechts, verbunden mit einer wissenschaftlichen oder naturrechtlichen Construktion der aus dem Züchtigungsrechte sich ergebenen speciellen Rechtssätze zu einer generelleren Regel, welche sich an das geschichtliche Gewohnheitsrecht alsdann anschließt. — Ein anderes Beispiel zeigt etwa der Sklavenhandel. Derselbe war in unserem Reichsstrafgesetzbuche nicht verboten; hier hätte also ohne Specialgesetz regelmäßig der Satz einzugreifen: nulla poena sine lege. Hier kann man aber gewiß nicht sagen, daß es je der Gedanke des deutschen Gesetzgebers war, die Sklaverei zu gestatten; im Gegentheile, man glaubte nur, daß solche Verhältnisse auf deutschem Gebiete nicht mehr

Digitized by Google

vorkommen. Durch den Erwerb von Colonien seitens Deutschlands ist dies nun aber anders geworden. Auch ohne daß ein Specialgesetz Abhilfe geschaffen haben würde, würde es daher wohl nirgends rechtliche Billigung finden, daß ein Deutscher Sklavenhandel betreibt. Anfänglich würden auf ihn wohl die Bestimmungen über Menschenraub, widerrechtliche Verletzung der persönlichen Freiheit ꝛc. analog angewendet worden sein. Schon dies wären im Grunde nur Naturrechts-Analogien und Constructionen; denn die Sklaverei ist etwas anderes und mehr, als widerrechtliche Freiheitsentziehung gegenüber einem Freien ꝛc.; sie bildet ein eigenes Reat; dies würde solange dauern, bis sich selbst ohne Specialgesetz in der Praxis, in der Rechtsprechung unserer Colonien ꝛc. eben allmälig ein gleichmäßiges Gewohnheitsrecht für das Reat des Sklavenhandels ausgebildet haben würde, ähnlich, wie sich solche Reate neben der Carolina bildeten. — Ebenso gibt es überdies umgekehrt auch im modernen Strafrechte sog. flüssige Rechtsbestandtheile (§ 6 II c 2), in welchen überhaupt kein Haften am fixen Gesetze, kein Legismus denkbar ist, sondern welche lediglich wissenschaftlich oder naturrechtlich festgestellt werden können; sie unterliegen allein der Construktion nach ihrer inneren Natur; nur darf diese selbstverständlich nicht über den Gedanken des Gesetzgebers und der Ziele des Strafrechtes überhaupt hinausgehen! Namentlich formale Begriffs-Construktionen haben sich auch schon in unserem Reichsstrafgesetzbuche wiederholt gezeigt. So, abgesehen von der ebenerwähnten Construktion des Begriffes des Reates der, im Gesetz allein erwähnten, blos vorsätzlichen Körperverletzung zu einer „rechtswidrigen" Körperverletzung (einem Begriff, welcher im Grunde ein negativ ausdehnender ist, und nichts besagt, als daß die Körperverletzung nicht rechtlich gestattet sein dürfe z. B. bei Züchtigungsrecht, Nothwehr), macht sich bekanntermassen seit neuerer Zeit im Strafrecht namentlich ein länger andauernder Versuch der Weiterbildung oder Construktion des strafrechtlichen Begriffes des dolus als „bewußtes" und „gewolltes" Verbrechen in unserer neuesten Praxis und Doktrin des Reichsstrafgesetzbuches sehr bemerklich ꝛc.

Daraus ergiebt sich wenigstens als Regel allerdings (exceptio firmat regulam), daß sich in der Behandlung, der Darstellung wie Anwendung des Straf- und Civilrechts zufolge des Principes nulla poena sine lege der methodische Unterschied findet: daß während im Civilrecht überhaupt die analoge Ausdehnung eine gebotene Regel, im Strafrechte dieselbe Analogie und Construktion nur eine Ausnahme bildet, und daß es sich eben in beiden Fällen nur darum handelt, den richtigen Ort zu ermitteln, in welchem bald eine starre Gesetzesanwendung oder ein Legismus, bald aber Analogie oder Construktion, kurz Geschichte neben Naturrecht Platz greifen darf. Gegen diese verschiedene Methode verstoßen einigermaßen hie und da Criminalisten, wenn sie nach längerer Entwöhnung oder Verlegensein in die Civilrechtspraxis übertreten, und Civilisten, wenn sie Criminal-

Digitized by Google

rechtsbegriffe zu weit ausdehnen (z. B. § 4 D IV). — Dies wesentlichere Gegensätze innerhalb der modernen Praxis! —

IV. Jetziger Stand der Civilrechtsentwicklung in Deutschland in der Ausführung unserer Haupt- und Nebenaufgabe nach § 1 Ziff. 1 u. 2.

1. Die Versuche des Verfassers und das Reifen der Zeit. — Die Verhältnisse noch am Beginne der zweiten Hälfte unseres scheidenden 19. Jahrhunderts, zur reiferen Blüthezeit der historischen Schule, waren geradezu eigenthümliche. Zufolge des oben § 3 II Geschilderten mußten solche Verhältnisse gewiß jeden Juristen mit unbefangener Anschauung, wie eine solche eben der, von der Universität zur Praxis Uebertretende mit sich bringt, geradezu befremdend anmuthen!

Die damalige Praxis auf der einen Seite. Sie übte ein wahres, allein thatsächlich geltendes Recht: Und doch diese ihre Unkenntnis ihrer wahren, concludenten Gesetze, welche ihr bei einer Vertretung allein Selbstachtung wie Achtung von außen gebracht hätten! Ihr wahres Recht brachte Wohlthat und Segen durch Regelung der heutig gegebenen Verhältnisse (§ 4 A); und doch, als Folge einer früheren Panik, ein furchtsames Sichverkriechen vor allenfallsigen Folgen ihrer concludenten Grundgesetze in der Oeffentlichkeit einer Theorie, vor revolutionären Folgen, welche doch nur andere, gerade die doktrinären aprioristischen Extreme, nicht sie, verursachte: denn sie heilte ja nur im Gegentheile die Schäden immer wieder, welche diese Extreme fortwährend zu stiften drohten! Selbst aber wenn sie Wahrheit und damit Einheit zwischen Theorie und Praxis wollte: wäre ihr behufs Erreichung dieser Einheit neben ihrer überreichen Präjudizienlitteratur casuistischen Inhaltes zur öffentlichen Vertretung auf dem Boden der Geschichte wie des Dogma auch nur eine, Principienstudien zulassende, wissenschaftliche Litteratur zu Gebote gestanden? Sie war ja jetzt selbst durch Savigny's politisch-romantisch-fanatische Schule von aller, von dieser Schule allein beschlagnahmten rein theoretischen, dogmatischen wie historischen Litteratur ausgeschlossen, und darin selbst arm, wie eine Kirchenmaus! Und dann weiter eventuell, wenn ihr selbst auch solche Mittel bei einigem Wollen zu Gebote gestanden wären: wollte sie doch auch selbst dies einzige Mittel zur Erreichung einer praktischen Wissenschaft und Einheit des Rechts: eine Theorie des Lebens des Rechts? Sie las ja in ihrer großen Masse niemals und haßte ja jede Theorie, wie zu II C gezeigt; nicht selten selbst auch eine praktische, als ob auch sie eine werthlose und nicht zu ihrer „Zuständigkeit" gehörige sei!! Sie selbst hatte so sich geradezu des Denkens über Recht erzeugende Grundgesetze oder Prinzipien entwöhnt! — — Von hier aus war also wohl unter den gegebenen Verhältnissen leider absolut eine Rettung unserer Ziele undenkbar! Sie konnte und wollte sich nicht aus ihrer inferioren Lage in den Augen der Oeffentlichkeit retten! — —

Digitized by Google

Auf der anderen Seite aber eine extreme Doktrin, welche nur das Recht: einer gesammten „Vergangenheit" für geltend erachtete! Diese Doktrin nun allerdings befand sich in, vor Reichthum strotzendem Besitze einer rein wissenschaftlichen wie geschichtlichen Litteratur! Sie allerdings allein hätte mittels ihrer Organe eine wissenschaftliche Wiedervereinigung des flüssigen Blutes des Naturrechts, suo loco mit den festen Bestandtheilen einer Geschichte, welche thatsächlich bisher allein unsere Praxis ist, zu einem einheitlichen organischen „lebenden" Rechtskörper somit, recht wohl auch bewußt oder wissenschaftlich bewirken können. Denn ihre Professoren mußten ja die Bibliotheken mit Theorien füllen! Aber — mit deren einseitigem, „vergangenem Rechte" ließ sich ja leider gleichfalls weder ein wahres Dogma, noch eine brauchbare Gesetzgebung, noch eine Einheit unseres vaterländischen Rechts erreichen. Und ihre Schule ließ ein anderes nicht zu; sie hörte nicht auf Gründe des Lebens und der „Praxis"; sie stellte nur: zum Theil antiquarische Theorien auf, gleichviel ob und wo, ob in Thule oder sonstwo, dieselben Geltung fanden; diese hatten für sie eben nach Hugo „um so mehr wissenschaftlichen Werth", je weniger sie praktischen hatten! Ohne solche unpraktische Litteratur durfte kein Professor die Leiter zu dem Begriffshimmel seiner Schule nach Ihering emporklettern. Und es wäre wohl eine eigenthümliche Zumuthung an diese historische Schule von damals gewesen, so ohne weiteres principiell von ihrem Herrscherthrone wenigstens über eine romantische Doktrin herabzusteigen, um einem, ihr völlig unbekannten Wesen, einem praktischen Rechte, Platz zu machen: Gerade sie war ja die ausgesprochene Gegnerin dieses unbekannten berechtigten Wesens „praktisches Recht"; sie brandmarkte dieses noch als Willkür (§ 5), sie schloß es von aller Litteratur aus, sie verführte auch noch die Leiter des Staates zur Gewalt gegen dies, allein Staat und Recht rettende Recht. Gleichzeitig war ihr die correkte Praxis ja das verabscheute Lamm, welches fortwährend ihren eigenen, oberhalb stehenden heulenden Wölfen das Wasser trübte: ihrer deduktiven Aprioristik, ihrer Romantik und ihrem Fanatismus! Deshalb fortwährend Anklagen des aprioristischen Störenfriedes gegen eben die, vom Leben nur Schaden abwehrende induktive Praxis wegen ihres correkten Handelns! Wie sollte also diese historische Doktrin für das lebende und praktische Recht gewonnen werden können?

Anklagen somit des Missethäters selbst, Angeklagtsein aber der correkt handelnden, aber ihrer Gründe unbewußten Praxis. Das war die Signatur der Zeit, als die bescheidene Kraft des Verf. aus dem Universitätsstudium in die praktische Laufbahn eintrat! Diese Sachlage zeigte, daß ein Praktiker, aller Mittel zur Ueberzeugung der Oeffentlichkeit entblößt, nicht im Stande war, die Wahrheit des eigenen praktischen Rechts zur Vertretung zu bringen; daß vielmehr die historische Doktrin, die Gegnerin, weil im Alleinbesitze aller hiezu nöthigen Mittel, geradezu die alleinige Schwelle zur Oeffentlichkeit und

Digitized by Google

öffentlichen Ueberzeugung, zu den Apparaten der Wissenschaft wie öffentlichen Kritik war und allein das Denken über Grundgesetze des Rechts noch vertrat! — Trotz ihrer bisherigen Gegnerschaft also mußte nichtsdestoweniger versucht werden, dieses alleinige Eingangsthor zu einer besseren Wissenschaft wie zu einer dauernden Einheit von Theorie und Praxis in ihren edleren Elementen in das Interesse für die Sache unseres Rechts zu ziehen, sie entweder umzustimmen oder sie doch wenigstens vorläufig zu vermögen, die Erfahrungsgründe der Praxis zu hören: Ein anderer Weg war unter den gegebenen Umständen zum Ziele nicht denkbar!

Gleichzeitig aber machte sich denn doch in dieser, den Ausblick nahezu umnachtenden trostlosen Dunkelheit auch wieder ein hell leuchtender, magisch funkelnder Hoffnungsstern bemerklich: dessen Aufgehen schien ja von selbst sogar wieder eine Nacht klären zu sollen, bis vollends wieder ein Tag graute! Die edlere Natur der Führer und Lenker nämlich der, unsere Doktrin beherrschenden historischen Schule selbst ließ ja von jeher nur eine Doppelnatur, einen inneren Gährungsprozeß und ein Schwanken zu einer dereinstigen besseren Wahrheit ersehen, herbeigeführt durch die Unkenntnis des lebenden, praktischen Rechts, durch dessen Verwechselung mit Naturrecht! So vor allem zeigte ja, wie wir bereits wiederholt wahrzunehmen Gelegenheit gehabt, deren großes Haupt, Savigny selbst, dieselbe Doppelnatur, welche den Verfasser schon von jeher bestimmt, in ihm nur einen „großen Cunctator" zu ersehen! Er beispielsweise lehrt: Das geschichtlich gegebene Recht „lebt" und bewegt sich; und doch sollen wir dies Recht zur Zeit noch nicht aus seinem, in einer Gegenwart gegebenen geschichtlichen Leben, sondern zur Zeit aus einer geschichtlichen „Vergangenheit" eines classischen römischen Rechts ersehen? Für immer? Nein! Aber in Zukunft? Wenn wir gelernt haben werden — sagt Savigny selbst — den gegebenen Rechtsstoff mit derselben Freiheit und Herrschaft zu benützen, die wir an den Römern bewundern; dann können wir sie als Vorbilder entbehren. Ferner: Ist der historische Stoff durchdrungen, dann werden wir ein „eigenes, nationales Recht haben"! (Sav., Syst. I. Vorrede S. XXXI, Beruf und Zeit 3. Aufl. 1840 Ziff. 8 a. E., S. 133; oben § 2 III a). Ist ein solches Zukunftsbild das: einer historischen Schule einer gesammten „Vergangenheit"? Nimmermehr! Ein solches Beseeltsein des leitenden Meisters selbst, dazu die Nothwendigkeiten des Lebens, die folgerechtesten Consequenzen aus den eigenen Prämissen der Schule vom Leben des Rechts, die anwidernden Uebertreibungen des „vergangenen" Rechts seitens der Clique und ihrer Antiquitäten, die tiefen Schädigungen unseres Rechtslebens und Volkes durch jene todte, seelenlose Gelehrsamkeit — — solche Dinge mußten, bewußt oder unbewußt, wie von selbst, auch schon in den besseren, vorurtheilsfreieren Geistern unserer Doktrin mehr und mehr reagieren. — — Eine bessere Seele, einer Erfahrung und des Augenscheins mußte jeden Augenblick bei dem Schimmer dieses Hoffnungs-

Digitized by Google

sternes schon sich gegen den aprioristisch-nebelhaften Theil des Programms selbst Bahn brechen können! Etwas anderes mußte bald auf dem Papiere des Programms stehen; etwas anderes mußte man üben! Das war alsdann eine spontane, gesunde, damals allein mögliche und mächtige Reaktion der That, besser als Worte eines verdächtigten Praktikers, welche nicht gehört worden wären: Die Wucht einer Selbstbelehrung allein mußte den nahenden Tag künden! Noch war diese Reaktion freilich gehemmt durch die Schrecken einer grundlosen politischen Panik, welche die herrschende historische Schule die aprioristischen Träume eines Naturrechts noch immer mit den Bewegungen des realen Lebens und der Praxis verwechseln ließ! Aber auch die Zeit mußte reifen; auch diese Panik selbst mußte mehr und mehr durch die Thatsachen widerlegt werden, ja sogar durch eine entgegengesetzte Panik: durch Furcht vor der Gefährlichkeit eines todten Rechts! Selbst ein Sternenschimmer mußte ausreichen, um das segenvolle Keimen des Lebens allmälig von dem Umstürzen des aprioristischen Naturrechts und von dem Vermodern des Vergangenen unterscheiden zu lassen: und zu entlarven! Die Politik selbst nämlich, welche ja die äußere Triebfeder des Emportauchens des umnachteten Rechts war, mußte alsbald belehren, daß doch auch Antiquitäten den Staat nicht retten, sondern nur ein Leben des, praktisch nach von selbst gegebenen, strengeren, exakten Gesetzen gehandhabten Rechts. — Wenige Schritte noch — und: die besten, vorurtheilsfreiesten Denker unserer bisherigen historischen Schule selbst, soweit sie nur immer die Wirklichkeit höher stellten, als die alternde, sich nicht bewährende Formel des Pergamentes, mußten den „Rubikon" zwischen einer historischen Schule und dem Leben des Rechts bereits von selbst concludent überschreiten, sich selbst über den Grundirrthum hinauswindend, als ob die Grundfrage unseres Rechts lauten könne: ob altes, ob neues Recht allein: aut — aut? Und nicht vielmehr vermittelnd: wann gilt erfahrungsgemäß nach positiven Quellen eine vergangene Geschichte der historischen Schule fort, und wann gilt ein neues Naturrecht? Von diesem Rubikon, sobald er überschritten, gab es dann keine Rückkehr mehr, weder zu einer ausschließlichen vergangenen Geschichte, noch zu einem Naturrechte allein! — — Da nun aber galt es abzuwarten! Nicht blos Klugheit, nein das Interesse für die Wahrheit und Größe unseres vaterländischen, nationalen Rechts, für die Abwendung der Störungen und Schädigungen unseres Rechtslebens machten es da zur Pflicht, die zarten Keime des Uebergangs einer Selbsterkenntnis zum Besseren nicht durch blinden Eifer zu zertreten. Jedes blinde Lärmen, eines principiell mit Mißtrauen aufgenommenen Praktikers zumal, hätte das Gackern der Gänse des Capitols wachgerufen, welches dereinst die siegenden Gallier oder Germanen wieder über den Tarpej'schen Felsen hinabgestürzt! Es galt: wenn auch pochenden Herzens, jenen Entwicklungsgang sich selbst ausbilden, fortschreiten, selbst erstarken und reifen zu lassen, bis er sich selbst zu erhalten vermochte: ihn höchstens,

Digitized by Google

wie der Verf. seit Decennien versucht (Einleit. Ziff. 5), durch ganz sachliches Offenlegen von Thatsachen, Mißständen, von dem Elende des erdrückten Lebens, von Erfahrungsnothwendigkeiten indirekt zu fördern. Es galt, nach dem späteren, soeben wörtlich citierten, seitdem jedermann öffentlich ertheilten Rathe Ihering's, beileibe nicht den alten Kampfesruf auszustoßen, welcher den alten Fanatismus und die Clique wieder wachgerufen hätte: „Hie praktisches, hie vergangenes römisches Recht." Waren alsdann die früheren Gegner aus eigener Erfahrung gleichfalls auf dem anderen, praktischen Boden angelangt, dann, erst dann galt es einen mannhaften offenen Zuruf, gleich dem Trompetenstoße vor den Mauern Jericho's, um sie durch den eigenen Augenschein zu entwaffnen: Seht, Ihr Kämpen alle, Ihr kämpft jetzt, indem Ihr noch jetzt das, Euch unbekannte, lebende und praktische Recht verfolgt, gleich einem Saulus grundlos gegen Eure eigene Ueberzeugung und Euer eigenes Heiligthum einer Gottesordnung: Ihr kämpft gegen den Boden Eures vaterländischen Rechts, auf welchem: Ihr jetzt selbst steht! Ihr selbst seid seitdem Praktiker, aus einem Saulus zu einem Paulus geworden: — Theorie und Praxis ist jetzt thatsächlich eins!! — —

Hat es in der Folge nicht schon so manche Umkehr vom Vergangenen zum Leben des Rechts gegeben? Beispiele? Hat nicht der Verf. selbst schon ein Bild in der Einleitung (Ziff. 1, I b S. 12) in der Art und Weise geboten, wie sich bei ihm selbst die erste Veranlassung zum Verlassen des, früher auch von ihm zuvor festgehaltenen Bodens der historischen romantischen Schule ergab? Ein grüner Anfänger, der Verf. selbst, versuchte noch gutgläubig und orthodox auf dem vergangenen historischen Boden der, ihn auf Universität belehrenden historischen Rechtsschule die Lehre eines einzelnen lebenden und praktischen Institutes, eines Schmerzengeldes, im Dienste einer Einheit von Wissen und Leben darzustellen: Was geschah? Eine Reihe der besten Juristen einer vermeintlichen historischen Schule selbst, mündlich ein Ihering, öffentlich ein Wächter, spät erst der schwankende Windscheid, retteten das, auf historischem Boden unhaltbare Institut des Schmerzengeldes erst auf den Boden einer ganz neuen praktischen Schule hinüber! So auch noch andere Fälle der Litteratur (unten Ziff. 2). Und auch im Principe ist ja, wie im Vorworte gezeigt, seitdem ein Ihering endlich offen von der historischen Schule zu dieser realen, praktischen hinübergetreten!

Eine Sphinx. — Doch war aber freilich damit — mit dem bloßen Ueberzeugen allein — noch lange nicht alles gethan! Auch selbst wenn man das Wollen der edleren Elemente auf beiden Seiten der Kluft zwischen Doktrin und Praxis durch bereitwillige und seelenvolle Einsicht in das empirisch Gegebene zur Ueberbrückung unserer trostlosen, sinnesbaren, vaterländischen Kluft zwischen Lehre und Leben hätte geneigt machen und selbst zu einem offenen Bekenntnisse hätte begeistern können, ähnlich wie Ihering's Testament, so lagerte doch

Digitized by Google

auf beiden Seiten der tiefen Kluft zwischen Vergangenheit und Leben, historischer Doktrin und Praxis, noch eine unheilvolle Sphinx (deren Geschlecht neuere Forscher als ein männliches bezeichnen). Ein an sich räthselhaftes, ungemein schlaues, eigennütziges und doch in den Zielen beschränktes Wesen, welches nur auf die Leidenschaften und Schwächen der Menschheit, auf Menschenopfer auf beiden Seiten der Kluft geradezu zu speculieren schien, um sie für sich zu Privatvortheil auszunützen. Sie schuf Räthsel, ohne selbst solche je zu lösen: um durch Schädigung Anderer sich nützen zu können! Auf unhonnetem Wege, durch Negieren und Zerstören suchte sie für sich Auszeichnungen zu erwerben (welche sie auf dem honneten positiven Wege des Schaffens und Nützens hätte erreichen können), um damit in unklaren Zeiten sich den Ruf eines staatsmännischen Denkers, Titel, besseres Einkommen, Orden und Ehren zu verschaffen! Eine solche Sphinx drängte den Gewalthabern wie der Menschheit gewaltsam ihre Räthsel auf, von deren Lösung sie behauptete, daß von ihr die „Rettung" des Rechts bedingt sei! Sie drohte jeden vernichtend in den Abgrund zu schleudern, welcher ihre Räthsel in ihrem Interesse, durch Schädigung Anderer zu profitieren, entweder nicht sofort öffentlich löste, so daß sie in den Abgrund springen mußte, oder auch nur die Räthsel so löste, daß sie selbst infolge Harthörigkeit, oder daß die, sich an der Lösung nicht näher betheiligende Allgemeinheit diese Lösung nur nicht sofort verstehen konnte. — So diente vor allem auch diese Sphinx auf Seite der „Doktrin" selbst nicht etwa der Wahrheit der Darstellung unseres Rechtes. Gott bewahre, sondern nach oben einer angeblichen, wenn auch stümperhaften Politik, welche mittels vergangenen Rechts nichtsdestoweniger die, in dem Walten des Civilrechts einsichtsloseren Gewalthaber romantisch kitzelte! Unter den eigenen Berufsgenossen der Doktrin aber wußte sie erstens den Wahn aufrecht zu halten und zu nähren, daß sie nur durch das Aufrechthalten des Autoritätsglaubens an den klassischen Buchstaben der Ulpiane, Papiniane, der Gajus und ihrer eigenen, a priori gelehrten Utopien einer gesammten historischen Vergangenheit: die Wissenschaft, ihre alte „Herrschaft" auf den Universitäten, ihr „wissenschaftliches Uebergewicht über das Ausland"! aufrecht erhalten könne. Und doch war dies so höchstens auf dem Boden einer, unter allen Umständen festzuhaltenden antiquarischen Rechtsgeschichte und innerhalb einer Doktrin selbst erreichbar, während eine Herrschaft derselben im positiven Dogma, außer innerhalb ihrer eigenen hohen Meinung und ihrer selbstgeschaffenen, unbelehrbaren Clique, nirgends im Leben und noch weniger in einem Auslande bestand: Im Auslande, wo Engländer und Schüler Baco's längst Deutschland beglückwünschten, daß ein Bismarck es endlich von seinen Professoren, d. i. von deren utopischer Aprioristik befreite ꝛc.! Dazu kam aber zweitens noch die Furcht, daß sie der Praxis und Wirklichkeit dauernd nachhinken (§ 3 IV 3) müsse, so daß sie tendenzgemäß das „vergangene" Recht ihrer romantischen Schule



Digitized by Google

principiell selbst nicht lassen mochte, um die Gesetze des realen Lebens des Rechts mit unserer Praxis zu begreifen, welche sie selbst befähigt hätte, der Entwicklung unseres Rechts auch im Leben nahezutreten, ähnlich, wie die Wissenschaft einer Medicin unserer heutigen Universitäten! — So ähnlich wie in der Doktrin machte aber ja auch die Sphinx auf Seite der „Praxis" vor allem in stümperhafter Politik, in Staatserrettung mittels vergangener Antiquitäten des gesetzlichen rein römischen ꝛc. Rechts, durch Nichtwaltenlassen der großartigen Wohlthaten des unwillkürlich gegebenen Lebens des Rechts wie seiner Rechtsquellen und des Rechtsstaates, dieser segenvollen virtus per se expetenda, welche den Staat und die Wissenschaft allein geachtet, geliebt macht und dauernd stützt; sie machte in Polizeikünsten, dadurch, daß sie in die Leitung der Rechtspflege nur, selbst gegen das Recht gefügige, Staatsanwälte und Polizeimänner bringen zu können wähnte, welche aber trotzdem selbst die kleinlichen Ränke der Sphinx verachteten. Dies Erfassen einer solchen nie nützenden, wohl aber schadenden, weil das Recht gefährdenden Politik war ihr ganzes Räthsel, dessen Nichtadoptieren durch Juristen, welche der Wissenschaft dienten, sie alsdann zu deren Sturz benützte, mittels dessen auch sie sich selbst die höchsten Stellen, Auszeichnungen, Orden, Titel und Einkommen verschaffte. Die Ausführung ihrer treulosen Art war die, daß sie stets mit schönen Worten heuchelte, daß sie auch den, ihren Ideen nicht folgenden, mit Worten schmeichelnd, ehrende Briefe schrieb, sie aber im Rücken nach oben, die Verhältnisse fälschend, wie als staatsgefährlich verleumdete, weil diese dem praktischen Rechte der obersten Gerichtshöfe dienten, welches auch eine ganze historisch-romantische doktrinäre Rechtsschule für staatsgefährliches Naturrecht erklärte! Zudem hatte ihre Praxis ja noch das Eigenthümliche, daß sie auch principiell Gründe, sogen. Theorie, gar nicht einmal beachten und lesen ließ. Ein Jurist also, welcher ihr die Gründe der Uebung des praktischen Civilrechts, in welchem die Sphinx zumeist selbst verlegen war, hätte beibringen und andere von der Unschädlichkeit ihrer Popanzen hätte überzeugen wollen, wäre ihr gegenüber auf dem Standpunkte, wie etwa vor der Erfindung einer Buchdruckerkunst. Einzig durch längeren, fortwährenden persönlichen Umgang hätte er nach und nach Aufklärung versuchen können. War er aber durch Aufenthalt an einem fremden Ort daran gehindert: so war er verloren! Zudem wollte, durfte ja gerade auch diese Sphinx eines Polizeistaats Gründe nicht hören; sie mußte ja den Machthabern die Gefährlichkeit des praktischen Rechts auch bei den Civilgerichten vorspiegeln, um diese Machthaber zu schmeicheln und sich als Staatsretter noch länger ihre Auszeichnungen zu verschaffen, während sie den Staat selbst durch faktische Beseitigung der Unabhängigkeit der Gerichte, durch ein Verderben von Recht und Rechtspflege, zum Dank dafür fortwährend an den Rand des Abgrundes drängte!

Wohl hätte es da zu einer vollständigen Ausfüllung dieser

Digitized by Google

mächtigen, vielhundertjährigen, seit dem magister der Glosse bestehenden, durch die historische Schule nur wieder von neuem verstärkt aufgerissenen Kluft zwischen Darstellung des Rechts und Leben, zwischen Theorie und Praxis des Rechts, eines Besseren, Größeren und Edleren unseres Volkes bedurft: Eines Nibelungenrecken, eines modernen M. Curtius, welcher sich, mit besseren Mitteln, mit Roß und Schwert ausgestattet, auch von den Wünschen seines Volkes oder doch einer Volksvertretung geleitet, in den Abgrund stürzte, um selbst durch sein Erliegen noch, die Kluft auszufüllen; oder eines adeligen Ritters St. Georg, welcher gleich den Lindwurm selbst tödtete und mit dem eigenen Leibe eines solchen sphinxartigen Wesens die Kluft ausfüllte! Hätte sich doch ein solcher entboten! Doch freilich ein minimaler Praktiker: bedurfte er nicht, aller Mittel der Litteratur ꝛc. entblößt, zur Förderung des Einblickes in einen zuvor noch nie betretenen und gebahnten Weg zur Rettung des Rechts innerhalb der Wirrsale seines bescheidenen Erdenwallens — mitten zwischen dem von Ihering geschilderten hohen Begriffshimmel des Professors und den kleinlichen Schranken einer praktischen Bureaukratie, welche beiderseitig noch auch eine Sphinx im Zaume hielt — ungemeiner Vorsicht und eines ungemein sachten Vorgehens, um nicht noch mehr, als geschehen, Schaden zu leiden.

Wohl kannte der Verf., aus einer juristischen Familie entstammend, die Gefährlichkeit eines solchen Beginnens von Kindesbeinen. Er hörte noch in seiner Jugend von Verfolgung der Burschenschaften, von politischen Prozessen ꝛc.! Hätte er dies nicht bereits gekannt, so wäre er, wie bereits in der Einleitung (Ziff. 2 S. 33 ff.) erwähnt, zum Ueberflusse von beiden Seiten, oft, freundlich und dankenswerth, gewarnt worden: Ob er denn wider den Strom zu schwimmen gedenke? Obgleich doch seine Fahrt, wie dort vielleicht gezeigt, niemals zwar gegen den erfahrungsgemäß gegebenen „Strom" des Lebens selbst, wohl aber immerhin gegen eine gleich, ja noch mehr gefährliche, von einer trostlosen Panik bewirkte, ungemein gewaltige aprioristische „Strömung" ging! Aber auch wohlwollende Juristen im anderen Lager, innerhalb unserer Theorie selbst, nicht blos Praktiker, warnten den Verf. so in dankenswerthester Weise wiederholt! So der selige edle Historiker Stintzing beispielsweise. Er schrieb in einer Recension der Erstlingsschrift des Verf. vom „Schmerzengelde nebst allgemeinen Erörterungen ꝛc." (Münchener krit. Vierteljahrsschrift II, 1860 S. 590 ff.) gewiß dankenswerth von seinem Standpunkte als Historiker aus: „Es ist uns lieb, daß der „Verf. diesen Wunsch und Willen" (nach allgemeinen Erörterungen, welche die specielle Darstellung des Schmerzengeldes als bloßes Beispiel der von ihm erörterten Methode betrachteten,) „nicht auf dem Titel „Ausdruck gegeben hat, und wir daher berechtigt sind, das Schmerzen„geld immer noch als das Hauptthema dieser Schrift zu betrachten." — Ueber eine weitere Schrift aber des Verf. von 1865, welche solche allgemeine Erörterungen des „praktischen Bedürfnisses der Rechtsreform



Digitized by Google

gegenüber der historischen Schule" schon zum Hauptthema und Titel erhoben hatten: bemerkte alsdann ein weiterer hochverehrter Recensent: E. J. Bekker (ebenda krit. Vierteljahrsschr. 1865 Bd. VII S. 464) gleich dankenswerth, wenn auch vielleicht damals noch etwas befremdet: „Dem Verf. ist in diesen Blättern schon von Stintzing der wohl„gemeinte Rath ertheilt worden, zwar sein Talent der Theorie zu„zuwenden, aber — abstrakte Themata zu meiden. Er hat den „Rath nicht befolgen mögen." — — Mögen? — — Hätten nebenbei seine persönlichen Gefühle, seine Anlage zu Orthodoxie — und seine Dankbarkeit für jedes freundliche Entgegenkommen — entscheiden dürfen, so wäre er keinen Finger breit je von der historischen Lehre ketzerhaft abgewichen. Auf deren Boden stand er ja, wie in der Einleitung (Ziff. 1, I S. 6 ff.) gezeigt, infolge seiner Universitätserziehung selbst zuvor, bis er von ihm ja, und zwar erst durch die besten Juristen unserer jüngsten historischen Doktrin selbst, durch einen Wächter, Ihering, Windscheid und die Consequenzen ihres berechtigten Vorgehens, wie durch eine Gewissenspflicht der Logik und des Bedürfnisses des Rechtslebens unseres Volkes abgelenkt werden mußte! Dann aber galt es, consequent zu handeln! Konnte, durfte man denn anders handeln? Und merkwürdiges Geschick! Ist nicht auch das spätere Wollen desselben hochgeehrten Recensenten seitdem mit den gleichen Consequenzen des Verf. gar nicht so selten im Einklang gestanden? Sehen wir diesen nicht seitdem selbst zu allgemeinen Erörterungen solcher Grundfragen gedrängt und sich hie und da unwillkürlich in der Oeffentlichkeit mit dem bescheidenen Verf. begegnen, so daß die Hoffnung nicht vorenthalten bleiben möge, ihm vielleicht auch fernerhin und noch recht lange auf solch' edlen, wenn auch sog. „Ketzerwegen", unbeirrt von dem allzu extremen und falschen Wege des Rechts einer gesammten „Vergangenheit", zu begegnen? Trafen wir nicht seitdem auch ihn schon bei „allgemeinen Erörterungen" der „Grundfragen" über altes und neues Recht oder „Neubildungen" (Jahrbuch), über eine „historische und filosophische Rechtsschule", über die Contraste des, die grundverschiedene alte und neue Geschichte aprioristisch oder naturrechtlich vermengenden und beide nur mißdeutenden Besitzrechtes, der Musterlehre der romantischen Schule Savigny's. Haben solche drängende Fragen es seitdem nicht auch dem unabhängigen Geiste und Forscher E. J. Bekker selbst angethan? „Wer einmal — sich eingelassen" — sagt seitdem derselbe hochgeehrte Recensent (E. J. Bekker zur „Reform" des Besitzrechtes, Jena 1891 S. 1 und in Ihering's Jahrbüchern 1891 Bd. 30 S, 235) — „kommt so leicht nicht wieder davon los." — Aber: juvatne socios habuisse malorum? Nützte es dem Verf., daß auch ein anderer sich an die gefahrdrohende Sphinx heranwagte? Und sollte wirklich die Wahrheit und die hiedurch bedingte Größe unseres nationalen Rechts je ein Uebel sein: und je uns loslassen dürfen? — — Kurz der Verf. war so gewiß von allen Seiten auf die Gefahren seiner Einigungs-

Digitized by Google

versuche von Wissen und Leben der Wirklichkeit wie der beiderseitigen Sphinx dankenswerth genugsam vorbereitet. Aber auch die See rast und will ihre Opfer haben, nicht blos das „Rechterkennen"! Sollten wir Deutsche deshalb niemals den „alten Continent" verlassen wollen, um über die Gefahren der See ein erstrebenswerthes neues Ziel, neuerdings selbst Colonien zu erreichen? — Und den Verf. beschäftigten nicht die Gefahren, wohl aber die Art der Ausführung: Wie sollte man beginnen?

Das Reifen der Zeit. — Die Herrschaft einer derartig romantisch-fanatischen Schule nun konnte zwar allerdings, wie schon im Vorworte erwähnt, unmöglich von ewiger Dauer sein, sowenig auch diese Schule beim Beginne der Studien des Verf. noch Miene machte, sich endlich der Einsicht und dem Einblicke in das Leben des Rechts zu erschließen! Konnten die, in § 3 Ziff. II A und § 2 geschilderten falschen Ideale, konnten die, in § 4 alsdann zu zeigenden Schädigungen des Lebens ewig unenthüllt bleiben? Konnte ferner eine grundlose Panik und Verwechselung des, heutzutage allein geschichtlichen und gerecht richtenden, unwillkürlich lebenden und praktischen Rechts mit dem Naturrechte zu Revolutionen fortwährend drängen dürfen? Vor der Wirklichkeit überdies in Leben und Praxis, abgesehen von ihrer Sphinx, war ja dies lebende praktische Recht noch niemals unterlegen; dort war es nur in das stumme, es unbewußt, ohne Prinzip, aber doch concludent darstellende Präjudiz zurückgedrängt, im Gegentheil suchte dies jetzt schon selbst unsere Doktrin seit Windscheid aus seinen Winkeln hervor! Und die Einsicht in die Unzureichendheit der historischen Schule schritt fort. So erkennt u. a. Bekker selbst in seiner „academischen Rede über den Streit der historischen und filosophischen Rechtsschule Heidelberg, Hörning 1886 S. 18", an, „Wir (Theorie und Praxis) sind durchaus nicht populär und „müssen gerechte Zweifel hegen, ob wir verdienen, es zu sein; — „wie läßt sich's bessern? — Savigny'n wird der Vorwurf wenigstens „der Mitverschuldung nicht zu ersparen sein"; (ähnlich auch Bekker, Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft, Leipzig, Breitkopf 1892). Freilich müssen wir Praktiker dabei Bekker bereitwillig zugeben, daß auch eine solche Praxis bisher ebensowenig populär ist. Aber schon einmal: in Rom war dies praktische Recht populär, und wir beide sind nur in Folge der Spaltung verachtet: Die historische Doktrin wegen ihrer Unwahrheiten, die Praxis wegen ihres Unvermögens, für ihre wahren Uebungen die Gründe anzugeben! — So konnte man es also wohl auch der historischen Schule des „vergangenen" Rechts schon längst ansehen, daß ihre krankhafte Blüthe sich an einem gesunden Stamme unseres Volkes nicht lange mehr werde halten, ja daß sie noch weniger je werde gute Früchte tragen können! Auch selbst deren äußerer Nimbus und Einfluß mußte sich mit dem Tode des großen Hauptes jener, vom Leben abgewandten Schule mehr und mehr zur Neige senken; denn das Leben lechzte immer mehr

Digitized by Google

nach einem lebensfrischeren Zuge: in Gesetzgebung und Dogma! — — Nur aus der Zeit ihrer unfruchtbaren Blüthe stammend, wußte sie noch immer jenen romantisch-narkotischen Duft um sich zu verbreiten, dessen Reize noch immer namentlich „Regierungen" und Politik köderten und von den rechten Pfaden des Lebens des Rechts ablockte; solange sie — noch immer — den Glauben rege erhalten konnte, ihr vergangenes Recht, ihre theilweisen Antiquitäten könnten allein die Staats- wie Rechtsordnung retten! — Da eben, in diesem Punkte der „Politik" allein noch, war ein Reifen der Zeit abzuwarten; und mit richtigem Verständnisse beruft sich auch später das Testament Ihering's darauf, wie die doktrinäre, durch Politik emporgehobene historische Schule nach den Erfahrungen Bismarck's gerade in Politik nichts zu leisten vermochte! Deshalb war anfänglich abzuwarten, ob denn die aprioristisch-romantische Schule gerade in der „Politik" dies ihr Wort auch einlösen, Früchte tragen und durch ihr vergangenes Recht jemals auch einen deutschen Staat und sein Recht retten werde! Denn diese historisch-romantische Schule war, wie gesagt, im Grunde ja nur groß geworden als das Angstprodukt einer Politik, einer, von einer französischen Revolution seit 1789 erzeugten „politischen" Panik: durch ihr, für Deutschland falsches, nie eingelöstes Versprechen, daß sie Staat und Recht vor Stürmen zu retten verstehe! Um nun diesen ihren falschen Nimbus mit Erfolg wieder zu zerstören, bedurfte es also vorerst des Abwartens von Sturmesperioden, zu deren Erregung gerade sie durch Rechtsverweigerung beitrug, und der Erfahrung ihrer Mißerfolge eben auch auf dem politischen Gebiete, — ganz ebenso, wie sich dieselbe in der Civilrechtspraxis — der viva vox des Lebens des Rechts, dem Präjudiz gegenüber — als unmöglich gezeigt hatte. Diese Erfahrungen in einem bloßen Civilrechte genügten den politischen Machthabern des Polizeistaates noch nicht; dieses Civilrecht verstanden sie entweder nicht, oder es lag ihnen zu ferne: Wenn aber so dereinst infolge des Festhaltens an romantischen Antiquitäten, an absterbenden Ideen des früheren absoluten Regimentes, an Feudalismus und ähnlichen Selbsttäuschungen des vergangenen Rechts so manche deutsche Krone hinsank, welche durch Festhalten — nicht an revolutionärem Naturrecht — nein: am, aus positiven Rechtsquellen fortwährend erfließenden geschichtlich lebenden Rechte, noch heute fest auf dem Haupte ihres Herrschers säße, dann mußten ja doch wohl auch die weisen Staatslenker dieser historischen romantischen Schule, statt dies lebende, praktische Recht zu schädigen, „empirisch" ersehen, wohin jene aprioristisch-romantische Schule ihren Staat und ihr Recht führte! — — Dann trat wohl ein Moment des Augenscheins ein, daß ein Stützen von Staat und Recht auf künstlich herbeigeführte, todte, antiquarisch faulende Grundsäulen, diese beiden ganz ebenso unfehlbar zum Wanken und Stürzen bringen mußte, wie ein früheres aprioristisch doktrinäres Aufbauen beider auf die entgegengesetzten extremen Luftsäulen oder

Digitized by Google

die Windhosen einer französischen, subjektiven Naturrechtsphilosophie seit 1789: Die Zeit der Entscheidung, die eigentliche Probezeit, das Weltgericht über das blos aprioristische Machen und subjektive Finden des Rechts auch der historischen Schule auf dem Gebiete der Politik nahte in Deutschland erst nach 1848, um 1866. Da wäre es an der Zeit und Gelegenheit gewesen, daß die Früchte dieser historischen Schule eines Savigny, Stahl, Metternich ꝛc. — eben auch in diesen neuen Stürmen — den vergangenen Staat, den alten Absolutismus, ihren ganzen Zauber retteten und sich voll bewährten. Weniger noch schon im Jahre 1848 aber zeigte sich die Entscheidung! Damals verlangten vielfach nur die Völker einseitig dies, unwillkürlich in ihrem Bewußtsein lebende Recht und die Ausführung überdies gegebener Versprechungen. Nimmer aber länger, als sich das allgemeine Bewußtsein des lebenden Rechts im gesammten Volke ausgebildet, auch bei den Regierungen! Man konnte im Jahre 1848 noch einwenden, die Strömung dieses lebenden Rechts sei bisher noch eine einseitige, lediglich in der Ueberzeugung der Untergebenen dagewesene; das Recht habe noch nicht als allgemeine Ueberzeugung das Volk als ganzes, Regierung und Untergebene vereint, belebt und durchsickert. Auch dies änderte sich aber in der Folge: in den deutschen Fürstencongressen der 1860er Jahre und schließlich in den Bewegungen des Jahres 1870: Regierungen wie Untergebene vereint vindicierten jetzt Deutschland das, in ihnen lebende Recht auf eine „Einheit". Und da eben sank alsbald so manche Krone und wankte so mancher Staat, welcher und weil er sich noch auf das Recht einer gesammten „Vergangenheit" der historischen Schule Savigny's und Stahl's berufen: durch Volk und Regierungen zugleich: Manche Krone, welche das Verständnis des lebenden, praktischen Rechts gerettet haben würde! Es entstanden andere Staaten, andere als die der Vergangenheit, welche ohne Walten dieses Lebens des „Rechts", durch bloße rohe Gewalt, durch Naturrechtsphilosophie allein, wie durch das Recht einer gesammten Vergangenheit der historischen Schule niemals hätten erstehen können! Das alte Recht der historischen Schule und das lebende der Praxis trat jetzt auch im Staate in einen greifbareren Gegensatz! Da zeigte sich — abgesehen etwa von einem hie und da nur noch vereinzelten Treiben (z. B. § 4 D IV) von Nachzüglern und Marodeuren der historischen Armee — bereits die Erfahrung, die Empirie des Lebens und Geltens des Rechts an Stelle einer Aprioristik auch im Staate obsiegend, wie es sich längst im Präjudize des Civilrechts obsiegend gezeigt!

Das anfängliche Eintreten des Verf. — Beim Grauen dieses Morgens, schon als soeben das Wiederkehren einer Morgenröthe eines „lebenden" und praktischeren Rechts gleich dem, dereinst im klassischen Rom begriffenen, auf Civilrechtsgebiete mehr und mehr den Horizont zu umspannen begann, glaubte auch der Verf. sich rechtzeitig von seinem Schlummerlager erheben zu sollen, um bei dem Aufgehen der

Digitized by Google

Sonne auf seinem Posten zu stehen und deren ersehnte Wirkungen zu beachten. Noch schlummerte die Praxis des Civilrechts in unbewußten Träumen und Alpdrücken; wenige ältere Praktiker vielleicht waren noch übrig, eine alternde, treffliche, leider aber absterbende, graubärtige Garde, welche in der Umgebung der J. A. Seuffert, Glück, Arnold ꝛc. noch mit Ingrimm das Obsiegen der erfahrungswidrigen älteren historischen Schule, ihres unwahren, unpraktischen Rechtes mitangesehen und doch deren äußeren, politischen Gründen nicht entgegentreten durften oder konnten. Wären sie jetzt noch da! Auch in der eigenen historischen Doktrin aber begann es sich damals schon von neuem zu regen! Schon im Vorworte und Einleitung (Ziff. 1, I S. 6 ff.) hat der Verf. erwähnt, wie er selbst um 1860 in seiner Erstlingsschrift (Untersuchungen über das heutige Schmerzengeld nebst allg. Erört.) mit seinen schwachen Kräften die Einheit zwischen Theorie und Praxis und ein praktisches Recht für Deutschland noch auf dem Boden der historischen Schule zu fördern versuchte; wie es ihm so noch nicht gelang, die vollen Consequenzen aus dem positiven Leben des Rechts und seiner Rechtsquellen zu ziehen, wie aber diese Consequenz alsbald die besten Juristen unserer damaligen Doktrin, Ihering, Wächter, später Windscheid selbst, welche der historischen Schule noch anzugehören vermeinten, zogen, und wie diese die eine Lehre vom Schmerzengelde vom Boden der historischen Schule vollständig auf den einer praktischen Schule hinüberführten. Wie aber dann auch der Verf. versuchte, gleichfalls, und zwar schon in seinem Flugschriftchen: „Das praktische Bedürfnis der Rechtsreform gegenüber der historischen Schule", Erlangen, Deichert 1865, mit dem weiteren Versuche zu beginnen, diese ganz anderen „Grundprincipien" unserer Praxis und des Präjudizes für kommende Fälle direkt zu ermitteln. Damit aber versuchte er bereits zum ersten Male, realistisch den so unscheinbaren, und doch so gewaltig treibenden und wirkenden Grundgesetzen und Principien einer praktischen Schule auf die Spur zu kommen, deren Nichtbeachten im gesammten Rechte, in Staats- wie Privatrecht: Lehre und Leben, Theorie und Praxis doch bisher gleichmäßig so mächtig und grundlos gespalten und geschädigt (Einleitung Ziff. 1 und § 2). So galt es, das Bedürfnis der Construktion des Rechts, der Neubildung Ihering's von Seite des lebenden praktischen Rechts in seiner vollen Consequenz zu zeigen und zwar neben der formalen noch die materielle Construktion! — — Damals eben galt es zugleich, diese einfachen wie allein geschichtlichen Grundprincipien des praktischen Rechts, welche unter anderen Namen im Grunde zum Theil auch von unserer historischen Doktrin längst ganz unbeanstandet, wenn auch ihrem Schulprincipe einer Geschichte der gesammten Vergangenheit entgegen, selbst anerkannt wurden, namentlich die Gesetze der Rechtsquellen, in ihrer möglichsten Naivität darzulegen. Bietet ja doch vielleicht überhaupt naive Einfachheit einer Forschung uns Menschen allein den Vortheil und die Bürgschaft dafür, daß

Digitized by Google

sich auch unser Rechtserfassen nicht so leicht länger in den Labyrinthen hohler deduktiver Gelehrsamkeit und Phrasen verirren kann, welche eben allein den Principienbau unserer, vom Leben abgewandten bisherigen aprioristischen Schulen zum Theil mitgeschaffen haben! Solche Principienstudien haben freilich auch hie und da den tieferen, einer unmittelbaren Anschauung entzogenen Grundgesetzen des Lebens des Rechts nachzugehen. Allein mit diesen Tiefen mußte es sich ja nur ganz ebenso verhalten, wie etwa mit den neueren Erforschungen der Meerestiefen. Die Erforschung der, seltener an die Oberfläche gelangenden äußeren Erscheinungen und Gestaltungen der Tiefe bedürfen eben im Grunde doch nur an Mehraufwand von Mühe: das Hinabtauchen oder Heraufholen dieser selteneren Erscheinungen an empirisch faßbaren concreten Exemplaren und Beispielen. Sind diese aber auf der Oberfläche angelangt, dann erfordern auch sie kaum ein Mehr an geistigem Aufwande, als die alltäglichsten Erscheinungen der Oberfläche! Auf ähnliche Weise galt es damals, empirisch Theorie und Praxis von den Tiefen des Lebens und von dessen beiderseitig, in dem bereits gemeinschaftlich adoptierten Präjudize, längst bereits stillschweigend geübten Grundgesetzen einer anderen Schule zu überzeugen! — Aber Vorsicht war geboten! Denn der Verf. stand damals leider noch — im Principe — ganz allein, und die Herrschaft der historischen Schule war damals auf dem Gebiete der Politik noch nicht dahin!

Die Art der Ausführung. — Bei dieser griff nun der Verf., man verzeihe den dolus bonus, von Anfang an zu der schon erwähnten Auskunft, um an der ebengeschilderten auf beiden Seiten der Kluft zwischen Theorie und Praxis lagernden Sphinx möglichst ungerupft vorbeizukommen: Er durfte den vielumstrittenen bisherigen Kampfesruf: „praktisch" noch nicht öffentlich verlauten lassen, wie nachträglich Ihering öffentlich rieth (Scherz und Ernst, 2. Aufl. S. 259): Denn praktisch schien ja unserer herrschenden historischen Schule damals noch identisch mit staatsgefährlichem Naturrechte, und die Praxis enthielt ja in der That innerhalb der rechten Grenzen von jeher ein Naturrecht! Es galt jetzt die, ganz anderen Schulprincipien des Lebens und der Praxis unseres Rechts in der, auch jetzt noch von der historischen Schule theoretisch beherrschten Litteratur ganz unvermerkt und rein sachlich einzuführen, denn diese war in dieser Uebergangsperiode noch im Principe eine Gegnerin der Praxis, und nur thatsächlich und casuistisch hatte sie seit Windscheid das Präjudiz der Praxis gleichfalls adoptiert. — — Der Verfasser predigte jetzt, wie der erste Apostel Paulus in Athen, einen „unbekannten Gott", welchem aber ein Windscheid durch Aufnahme seines Präjudizes bereits einen Tempel gebaut. Zu diesem Behufe also galt es, die Principien der Praxis, statt wie hier in § 5—7 in ihrem realen praktischen Arbeitsgewande, völlig abstrakt in dem Lager von Feinden niederzulegen, welche noch das Eingangsthor zur Ueberzeugung der Oeffentlichkeit, die Organe der Theorie oder Wissenschaft allein besetzt hielten. — —

Digitized by Google

Den Zutritt zu dieser Litteratur nun der historischen Schule im Allgemeinen hatte sich der Verf. zuvor ja bereits in ehrlichster Weise errungen! Denn, wie gesagt, in seiner Erstlingsschrift über das Schmerzengeld von 1860 stand er ja selbst noch auf rechtgläubigem, historischem Boden. Und auch noch einen weiteren Zutritt hatte damals dem Verf. überdies ein kleiner historischer Fund verschafft; nämlich selbst einen Zutritt zu dem damaligen Centrum der Litteratur der historischen Schule, zu der damaligen Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Seine stets bewahrte hohe Achtung für Rechtsgeschichte (am richtigen Platze, d. i. soweit sie eben nicht mit geltendem Dogma verwechselt wird und dieses stört!) und wohl der leider zu frühe verstorbene Bruns, hatte ihm eine spontane Einladung zur Betheiligung an der damaligen Zeitschrift für Rechtsgeschichte von Rudorff, Bruns, P. v. Roth und Böhlau gebracht. Diese freilich sollte nach dem damaligen Einladungsschreiben auch schon für solche zugänglich sein, welche in der Geschichte keine Rechtsquelle ersahen; also für leibhaftige Ketzer; während der Verf. doch noch ein weit besserer Mensch, d. i. noch wenigstens auf der Hälfte des geltenden Rechts eine Geschichte berechtigt erachtete. Dort nun hatte der Verf. 1863 (Bd. II S. 435—454) auch das, von ihm soeben in Bamberger Registraturen des jetzigen Oberlandesgerichts aufgefundene (jetzt ins kgl. Archiv übertragene) Urtheilsbuch des großen Praktikers Hans von Schwarzenberg veröffentlicht, des großen Schöpfers des ersten gemeinsamen deutschen Gesetzbuches, der Carolina! Es zeigte auch dort nebenbei, daß dieser letztere damals, während der Schöpfung der Bambergensis, Vorsitzender des Bamberger Hofgerichtes (Hofmeister), daß so ein Praktiker in Deutschland das erste gemeinsame nationale Gesetzbuch geschaffen, und wie es sich auch schon in der damaligen Praxis zur Zeit der Reception eines römischen Rechts überhaupt mit Reformversuchen regte.

In dieser Litteratur nun im allgemeinen also, legte er jetzt auch seine Erstlinge eines Reformversuches der historischen Schule und seine Einigungsversuche zwischen Theorie und Praxis von 1865: sein praktisches Bedürfnis der Rechtsreform gegenüber der historischen Schule nieder. Darin suchte er eben diese Principien unseres „praktischen" Rechts, wie gesagt, nicht als solche praktische, sondern ganz allgemein, an gleichgültige Dinge, wie z. B. an Göthe's Erfahrungssatz „vom Rechte, das mit uns geboren" anknüpfend, niederzulegen. Er führte dort etwa aus, wie eine positive Rechtsdarstellung nothwendig sei, welche — in Uebereinstimmung mit den eigenen Prämissen der historischen Schule vom „Leben" des Rechts wie mit jeder einzelnen Rechtsquelle, mit den eigenen Gleichnissen unserer historischen Schule und mit dem römischen Rechte — das geltende Recht — nicht mehr in einer gesammten geschichtlichen „Vergangenheit", sondern gerade umgekehrt in einem geschichtlichen Leben der „Gegenwart" und deren Rechtsquellen empirisch erfasse. — Es war dies ein erster, genereller, empirisch induktiver Versuch eines Bruchs mit der aprio-

Digitized by Google

ristischen Schule einer vergangenen Geschichte Savigny's, aber noch immer auf rein historischem, wenn auch geschichtlich lebendem Boden; denn daß eben diese reale Geschichte suo loco auch ein empirisches „Naturrecht" in sich schließe, dies fanatisch verpönte Naturrecht, welches freilich die historische Schule nichtsdestoweniger von jeher selbst kräftigst anwendete (§ 6 I a, § 7 A), daran traute sich auch der Verf. um 1865 noch nicht; von diesem schwieg der Verf. auch damals noch; diesen Erfahrungssatz betonte er erst später in dem Vorworte seiner „Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio von 1884" und in dessen Texte S. 768 ff.

Fragen wir aber weiter, plaudernd mit dem Burschenschaftsliede: Was hat unsere damalige historische Schule in diesem Erstlingsversuche von 1865 „gerochen"? — — Man besah nun dies, umhüllt geradezu im Lager der, zum Theil noch principiellen Feinde niedergelegte Findelkind der Praxis vielleicht, ohne daß man sofort so recht wußte, was man mit ihm anfangen, in welchem Lager man seinen Vater suchen sollte. Zwar vielleicht hie und da, weil von einem Paria-Praktiker herrührend, vornehm abgewandt und doch vielleicht mit einer gewissen heimlichen Neugier: man wollte wissen, was ein, in der Praxis, in diesem noch unentdeckten Lande und Welttheile, dem Afrika der Jurisprudenz, Befindlicher von einer deutschen historischen Doktrin denke. — — Aber merkwürdiger Weise: ein sachlich allein prüfender, an dem bisherigen aprioristisch-doktrinären Parteistandpunkt nicht haftender Theil beurtheilte diese Bedürfnisfragen schon damals in überraschender Weise völlig gerecht! Wohlwollende Beurtheiler mochten ja auch vielleicht selbst längst fühlen, wie Savigny's System beispielsweise mit seiner bloßen römischen, canonischen und deutschen Reichsgesetzgebung doch nicht alle positiven Rechtsquellen des Lebens des Rechts bei uns beachte, namentlich nicht das, ja doch von Savigny selbst am meisten betonte Gewohnheitsrecht! Man wollte so kaum bestreiten, daß man Angesichts der, so in einem Systeme Savigny's nothwendig sich einschleichenden Antiquitäten einer wirklichen, positiven Geschichte Concessionen machen müsse, sintemalen ja auch Windscheid schon begonnen hatte, das Gewohnheitsrecht der Praxis im Präjudize aufzunehmen. — — Das Gros der damaligen historischen Schule aber hielt noch immer nur zwei Schulen für denkbar; entweder die Naturrechtsphilosophie, oder vergangene Geschichte der historischen Schule; eine dritte Schule eines geschichtlich gegebenen Lebens des Rechts war noch nicht „cotiert". Es hielt den Versuch für eine „Philosophie"! So klagte ja Stintzing (Krit. Vierteljahrsschr. II S. 591 f.) schon 1860, als Verf. vorerst nur die Construktion Ihering's praktisch zu rechtfertigen versuchte, daß Verf. nur auf eigene Faust „philosophiere" und daß nicht ein anderer Philosoph den von Hegel verlassenen Herrscherstuhl leitend einnehme. Und doch, welche Jurisprudenz philosophiert nicht von jeher, wenigstens subsidiär (§ 6 I a, § 7 A 2 β c), und welche philosophiert weniger und bietet verlässiger wirkliche Geschichte, als

Digitized by Google

die „Empirie" des geschichtlichen Lebens des Rechts der Praxis. — Ein anderer Theil der historischen Schule freilich setzte sich damals noch aufs hohe fanatische Streitroß und fand in dem geschichtlich nothwendigen Gegensatze des jeweiligen Lebens zur gesammten Vergangenheit noch ein „Unverständnis" des Korans Savigny's. — Wieder ein anderer: der im junkerlichen Sporte des haut-goût des, gleichviel ob geltenden Rechts der Vergangenheit geriebenere Theil aber — dieser freilich war mißtrauischer. — Derselbe, der ja nur in cristallhellen reinen römischen Quellen, hie und da auch in Lacunen badete, und unsere Justitia mit Pergamenten und Palimpfesten, höchstens mit ausländischen Stoffen noch kleidete: — Er roch und roch wiederholt: — — Aber er fand doch nicht den „richtigen haut-goût" und den „Geschmack" des Rechts der Vergangenheit seiner Schule: — — Da auf einmal las er in der Flugschrift des Verf. auch noch von frisch in der „Gegenwart", nicht in einer „Vergangenheit" erquellenden Rechtsquellen, ja einmal drückte sich vorlaut in dem Munde eines fahrenden Schülers gar der Vers durch: „Ich hasse, was da staubig; nur an das Frische glaub' ich"; und dazu das Motto: „Vom Rechte, das mit uns geboren"!! — — Was war das? Das war ja mehr als ein halbes Jahrhundert lang kaum mehr in dieser Weise da: Da hatte man es wieder! Wieder so ein staatsgefährlicher Praktiker. Wie recht doch die kluge Vorsorge des Meister Savigny schon im Jahre 1815 hatte, daß er als Haushaltungsvorstand dies ganze unverbesserliche Geschlecht der Praxis, welches dem vergangenen Rechte doch nie Ordre parieren wollte, mit Stumpf und Stiel auszurotten, und. von seinem historischen Himmel auszuschließen versuchte! — — In mehrfach fühlbarer Weise nun zeigten sich jetzt aber auch dem Verf. die Folgen einer Nemesis und zugleich Symptome des Fortwirkens der romantischen, fanatischen Clique der historischen Schule: in einer Reihe „Leibesstrafen". — — Einmal: schon bei dem nächsten Anklopfen des Verf. an der eigentlichen jetzigen Himmelspforte, an der jetzigen Zeitschrift für Rechtsgeschichte, nämlich der „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte". Verf. hatte als früher Eingelassener dort später wieder die Entdeckung der, seit dem ganzen Mittelalter vergeblich gesuchten actio der wirklichen römischen possessio in § 2 J 4, 6, des sog. unus casus, dieses casus vexatissimus und diabolicus des ganzen Mittelalters angeboten: diese actio der wirklichen römischen possessio war in Wirklichkeit keine andere, als: die Publiciana; denn die römische possessio war ja, wie oben § 2 IV II gezeigt, nie bloße Detention, sondern ein römisches, absolutes und relatives Eigenthum, welches durch Faktum nur entstand: bei richtigem Beschauen sagt dies die Stelle des § 2 J 4, 6 selbst! Die Richtigkeit der Begründung der Entdeckung wurde auch objektiv kaum bezweifelt: Und das, viele Jahrhunderte, vielleicht ein Jahrtausend lang vergeblich gesuchte Räthsel war so entdeckt! Aber diese neue Entdeckung eines „Praktikers" hätte ja den Aufenthalt derer, im romantischen Muster-

Digitized by Google

und Besitzhimmel Savigny's Seeligen doch nur von neuem zu sehr beunruhigen können: Die Wahrheit unseres Rechts und seiner Geschichte ist auch Nebensache. Vorerst handelte es sich der Clique doch um Tendenz und die Rettung der, allein seelig machenden, die Rechts- und Staatsordnung rettenden antiquarischen „Schule", um ein Stück Nimbus der romantischen Lehre! Die Praktiker wurden ja doch damit von der, von ihm mitgestifteten Zeitschrift auch keineswegs ausgeschlossen; Gott bewahre. Eine Anzahl Praktiker waren und sind bei der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Mitarbeiter. Je mehr Praktiker dem himmlisch romantischen Rechte oder Unrechte der gesammten „Vergangenheit" huldigen oder von letzterem schweigen, desto besser! Aber: der „Ketzer", welcher principiell sagt, daß ein praktisches Recht ein Recht, ein vergangenes, todtes Recht nicht mehr Recht ist, der mußte gezüchtigt, ausgeschlossen werden! Und perniciose schloß der jeweilige schlüsselbewahrende Petrus jetzt die, dem Verf. zuvor geöffnete Himmelspforte verdientermaßen zu! — Zweite Strafe. Wie auf das fortdauernde Commando des Meisters Savigny (S. 293) oder auf neuen Pakt hin, allegierte von nun an kein einziger Professor der historischen Doktrin den Namen des Verf. mehr; auch wenn er dessen Resultate benützte. Wir nennen von Todten nur selbst: den trefflichen Bruns, welchen der Verf. seit seiner ersten Anregung des Bestehens eines modernen Besitzrechts des Detentor seit 1865 (Note S. 225 oben) fortwährend drängte, dies positiv lebende, gesetzliche Recht des canonischen Pfründebesitzers, Vasallen, Faustpfandgläubigers doch gleichfalls zu schützen. Er adoptierte wenigstens dies Recht zum ersten Male alsdann in seinen Besitzklagen von 1874 § 21 S. 226 ff. ꝛc. zwar in der That dennoch. Aber sagen, daß diese Erkenntnis zuvor auch schon das litterarische Eigenthum des Verf., eines „Praktikers" sei, ihn allegieren, das durfte er doch jetzt niemals! Ebenso damals Ihering, welcher die Berechtigung einer praktischen Methode laut unserem Vorworte wohl bereits tiefer in seinem Herzen barg, leider ohne sie aus dem Herzen sofort auch offenkundig bis zur Errichtung seines Testamentes herauszubringen. Auch er durfte niemals sagen, daß der Verf. und „Praktiker" schon seit seiner Rechtsreform von 1865 die historische Schule gleichfalls längst als eine romantische bezeichnet hatte, daß dieser Praktiker längst dort die Grundsätze ausgesprochen, welche Ihering selbst erst in seinem Kampf ums Recht (5. Aufl. S. 8) seit 1872 und laut Vorwort seit 1888 gleichfalls vertrat ꝛc. Der Verf. hat solche Schädigungen des litterarischen Eigenthums des Praktikers durch das zweifellose Gebot einer „Clique" bereits in dem Vorworte seiner Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio von 1884 S. XXV Note d erwähnt.) — Dritte Strafe. Ein einziger Mann der historischen Doktrin allegierte auch den Praktiker noch, selbst den frevlen Ketzer als solchen: Es ist Windscheid. Aber wie? Wir werden sofort unten Ziff. 4 ersehen: Herr, bewahre uns Praktiker vor unseren Freunden, vor unseren Feinden

Digitized by Google

wollen wir uns selbst schützen! — Endlich die vierte Strafe. Diese steigerte der Fanatismus der historischen Schule bis zur Grausamkeit! Die Arbeiten des Verf. zur Beseitigung der Kluft zwischen Theorie und Praxis scheinen in der That nicht unbedeutend genug gewesen zu sein, als daß sich nicht an ihnen eine Sphinx auf einer der beiden Seiten schwer rächen sollte! Schon waren diese rein objektiven Forschungen des Verf., welche früher einem Professor vielleicht sofort seine Stelle gekostet hätten, an der Sphinx auf Seite der Doktrin anscheinend blos etwa mit einigen blauen Flecken, vorübergekommen, welche Windscheid ꝛc. schlug. In demselben Momente aber regte sich doch auf einmal — auf der entgegengesetzten Seite der Kluft — eine Sphinx: auf Seite unserer Praxis selbst nach Art des § 4 D IV. Stand diese nun mit der Sphinx auf Seite der Theorie in irgend einem Contakte? Ward sie aufmerksam gemacht und an ihrem Ehrgeize gekitzelt; oder war sie selbst „politisch" so angelegt? Sie bestätigte jetzt den alten Erfahrungssatz, daß die Kämpfe, welche die historische Schule innerhalb der Praxis hervorrief, die auf Seite der Doktrin noch an Fanatismus überbieten konnten! Hier trat nun gegen den, politisch nie contravenierenden, nie opponierenden bloßen principiellen Vertreter ganz des nämlichen praktischen Rechts, welches casuistisch unsere höchsten Gerichtshöfe und Praxis, seitdem auch selbst Windscheid u. a. anwendet, wie weiland gegen dessen casuistischen Vertreter J. A. Seuffert, der Polizeimann noch seit 1879 mit seinen unglaublichsten Mitteln voll in die Schranken. Er zeigte die ganze Verschlagenheit seines Geschlechts. Der Verf. hatte beispielsweise von Anbeginne seines praktischen Dienstes u. anderem zuvor unter Belobungen in allen Fächern der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Hypothekenamtskrisis bewältigt, war später in Folge seiner Leistungen unter einem anderen Vorstande von oben 1869 mit Auszeichnung außer der Tour befördert worden, war seit 1879 in I. Instanz von zwei Gerichten wieder zur Beförderung mit Auszeichnung vorgeschlagen, denn er hatte seitdem rasch einen Monstreproceß in Uebereinstimmung mit den Präjudizien des Reichsgerichts (nicht der Sphinx) bewältigt, dessen Aburtheilung ein besonderer Anwalts-Concipient Jahre lang vorbereitete; er hatte als Vorsitzender seines damaligen sog. Senats mehr und größere Urtheile gefertigt, als seine drei Beisitzer zusammengenommen. Qualitativ aber freilich war er jener tief überzeugte und sogar litterarische Gegner der, durch Antiquitäten nun einmal den Staat rettenden historischen romantischen Schule! Hier allerdings hatte er auch litterarisch so manches verbrochen (Einleit. Ziff. 5)! Nun erfolgten von der Sphinx der Praxis um 1879—1884 dem Verf. wohlwollend von höchster Stelle vorgelesene — direkte Denunciationen, wörtlich: wegen Beschäftigung mit „Theorie" und Anträge auf Entziehung des Fortkommens durch die Beförderung, welche doch in I. Instanz mit Auszeichnung zehn Jahre lang beantragt worden war! — An höchster Stelle ward diese Maßregelung „wegen Theorie" anfänglich selbst

Digitized by Google

beanstandet. Der damalige Minister hielt sogar eine Kammerrede, wie eine praktische Theorie der Praxis nütze. — Aber leider er starb. — Von da an nun begann von Seite dieses Justizpolizeimanns einfach jenes Spiel von Polizeikünsten, von Verdeckungen und Maßregelungen nach Art des § 4 D IV, an welchen eine historische Polizeijustiz unerschöpflich ist. Gegen sie erklärte sich jetzt selbst die höchste Stelle für machtlos. Und sie führte dessenungeachtet ganz zu den gleichen, durch die frühere „Denunciation wegen Theorie" gewollten Ziele. Nach zehnjähriger Maßregelung durch Nichtbeförderung ꝛc. des, seitdem von der unteren Instanz wiederholt mit Auszeichnung zur Beförderung Vorgeschlagenen befreite den Gemaßregelten ein sich steigerndes Gehörleiden von längerem Dulden wegen Pflichterfüllung. Gleichzeitig wurde aber von 1879—1891 kein einziger, Fortkommen suchender Richter eines ganzen Kreises zu diesem höheren Gerichte zugelassen, sondern nur Staatsanwälte. Dies war ein Kreis, in welchem der gleichfalls gemaßregelte Pandektist J. A. Seuffert gewirkt, dessen Pandekten, soweit sie nicht veraltet, dort noch heute in hohem Ansehen stehen. — So hinderte aber eine Sphinx der Praxis keineswegs ein Hinabsteigen, wohl aber ein Wiederheraufsteigen von der Kluft zwischen Theorie und Praxis! Wäre der Verf. ein besserer Dichter, er würde jetzt vielleicht: sei es klagen müssen, wie eines Ovid »tristia ex Ponto« oder eines Silvio Pellico »le mie prigioni«, sei es unfreiwilligen Humor entwickeln, gleich Fritz Reutern: „Ut mine Festungstid", während er aus der Kluft das Werk seiner Ideale — (mittels des Hebels der Presse, ähnlich dem Wurfgeschosse in Scheffel's „Ekkehard", am Hohentwiel) seiner Frau Hadwig: dem wahren Rechte und der endlichen Einigkeit zwischen Leben und Wissen des Rechts — nach oben sendet. Vielleicht fängt sie dort oben eine mitleidige Seele auf und schließt die Kluft über des Verf. Leibe gemüthlich, ähnlich der eines M. Curtius. Aber exoriar aliquis ex nostris visceribus — nicht ultor, solche Charaktere rächen sich selbst, sondern — σωτήρ: ein Erlöser unseres Rechts! Denn solche Intriken pflegen kurze Beine zu haben, und ein besserer Historiker, Niebuhr, belehrt diese romantische Schule selbst: Eine List, klug berechnet für den Augenblick, kann, wenn ihre Wirkung Zeit genug hat, sich zu entwickeln, dem Urheber selbst verderblich werden! Bei einem Festhalten an einem, voll in Anspruch nehmenden praktischen Berufe hätte der Verf. wohl niemals Zeit gefunden, zu versuchen, plaudernd eine Beschreibung der Kluft in ihrem tiefsten Innern seiner Frau Hadwig nach oben zu senden. Und das Uebel des Risses muß ja doch von unten, von seiner Wurzel aus erfaßt werden, um die Oeffentlichkeit bezüglich der Anklage der Doktrinäre endlich zu überzeugen, ob denn das praktische Recht unserer höchsten Gerichtshöfe in der That so verwerflich und staatsgefährlich ist, daß es mittels alberner Märchen der Doktrinäre einer historischen Schule noch länger so ausgebeutet werden darf!

Digitized by Google

2. Die jüngste Litteratur. — Allerorts zeigt sich auch in unserer gesammten Litteratur jetzt längst ein Knistern, ein Krachen und Bersten, als ob der alte historisch vergehende Bau eines Rechts einer Vergangenheit nimmermehr bestehe, sondern aus den Fugen treten wollte, ähnlich wie bei dem ersten Eisgange der Einleitung (Ziff. 2). Das Gesammtbild ist etwa folgendes: Auch unsere Doktrin trägt vielfältig bereits, gleich einem sel. Ihering und, wie sonst unser Vorwort erwähnt, das Bewußtsein in ihrem Inneren, daß im Rechte, an Stelle der historischen eine bessere Schule geboten sei: ein Recht mit dem Körper einer Geschichte und lebendem Geiste. Zwei Gründe nur vielleicht scheinen noch immer unsere Jurisprudenz von einem wirksamen Aufsuchen eines besseren Rechts abzuhalten. Einmal, wie schon wiederholt erwähnt, eine kaum richtige Fragestellung bei Aufwerfung der Grundfrage. Nämlich nur aprioristisch dahin: Gilt Natur- oder historisches Recht; anstatt empirisch und praktisch zu fragen: wann gilt Natur- und wann geschichtliches Recht? Und zweitens die Meinung, unsere Praxis im Staats- wie im Privatrechte sei principlos, weil sie bisher noch niemals eine ausreichende Theorie aufgeklärt, sowie damit Hand in Hand die Verkennung des tieferen Erfahrungssatzes, daß alles lebende Recht, selbst das, eines noch so kindlichen Volkes, sein System und sein Grundprincip ja bei seiner Geburt schon in seiner Wiege mit sich auf die Welt bringt; nur unerkannt freilich und unbewußt, aber doch concludent in sein Inneres gelegt, ganz, wie ja auch das Leben einer Pflanze und des menschlichen Körpers seine Lebensbedingungen, seine Gesetze mit sich bringt; sonst wäre keines dieser Wesen lebensfähig! — Das Fortschreiten unserer Uebergangjurisprudenz, über die historische Schule des Rechts einer gesammten Vergangenheit hinaus, geht deshalb nur, wie im Vorwort bemerkt, in Etappen vor sich, bei welchen sich das allmälige Fortschreiten auszuruhen pflegt. — Vergleichen wir jetzt in einzelnen Beispielen im Allgemeinen, wie vielfach auch sonst noch unsere neueste Litteratur, vom Erfassen des Lebens des Rechts durchdrungen, über den Boden einer historischen Schule hinausgedrängt wurde und bereits den „Rubikon" der historischen Schule überschritten! (3 IV 1).

Bekannt ist, wie bereits im Juni 1861, offenbar veranlaßt durch Bruns, eine Aufforderung auch die zur Theilnahme an einer Zeitschrift für „Rechtsgeschichte" einlud, welche „in der Geschichte keine Quelle des Rechts" sahen. — Wie ferner Bluntschli längst zuvor schon lehrte, daß das Recht ein lebender „Organismus", also wieder in doppelter Beziehung eine Abweichung von dem Rechte der Vergangenheit der historischen Schule sei; einmal, weil es so nimmermehr ein bloßer todter „Stoff" erscheinen könnte, welcher durch die gesammte Vergangenheit gegeben und dann nur unverändert umgegossen wird, und zweitens, weil dies Recht nicht mit dieser Vergangenheit stillstehen könnte. — Wie Leist u. a. bereits ein „naturgeschichtliches" statt eines „vergangenen" Rechts darzustellen versuchte; — wie vor allem Gerber (zur

Digitized by Google

Charakteristik der deutschen Rechtswissenschaft, eine academische Rede, Tübingen 1851) S. 20 so ungemein treffend bemerkte: „Die Natur des Rechts fordere noch eine andere Behandlung, als die historische. (Diese) — knüpfe das Recht an die „Vergangenheit" an, sie erzähle sein Entstehen und allmäliges Wachsen. — Damit sei zunächst nur der eine Theil des Bedürfnisses — befriedigt. Das Recht aber sei zugleich eine „lebendige" Macht, von der die Gegenwart beherrscht werden soll. Daher sei es nothwendig, daß die Rechtsideen als Organismus erkannt werden. Diese Thätigkeit sei eine wesentlich produktive." Weiter S. 24: „Wir haben vom römischen Rechte das juristische Construieren gelernt." (Hätte Gerber erkannt, wie dies bereits das Thun einer realen Praxis ist, nämlich das direkte Gebot der positiven Rechtsquellen, und daß letztere neben Geschichte Naturrecht zeigen, dann wäre er schon reiner Praktiker.) — Wie alsdann Windscheid seit 1860 keineswegs mehr, mit Savigny, das Präjudiz der Praxis, diese viva vox des bis dahin gegnerischen praktischen und lebenden Rechts, von seinen Pandekten ausschloß, sondern in diesen nach dem Vorbilde der Pandekten des Praktikers J. A. Seuffert geradezu umgekehrt zugleich eine Präjudiciensammlung schuf. — Wie Stintzing (§ 8 unten) bereits 1862 das Ende der historischen Schule und eine neue mehr praktische Jurisprudenz ankündete. — Wie auch der Geist Ihering's mit Gerber und der stillschweigenden Uebung der Praxis eine formale Construktion oder Neubildung, trotz der historischen Schulanschauung von dem, in einer gesammten Vergangenheit gegebenen Rechte, mit unbewußter nothwendiger thatsächlicher Beiziehung eines Naturrechts, vertrat, und — wenige Jahre nach des Verf. das Gleiche betonender Schrift: das praktische Bedürfnis der Rechtsreform gegenüber der histor. Schule von 1865 — und zwar seit 1872, in seinem Kampf ums Recht (5. Aufl. S. 4, 8—11, bes. 8) schon, denselben materiellen „Gegensatz" eines historischen Rechts der „Vergangenheit" zu einem, selbst mittels Kampfes „ewig werdenden" und sich verjüngenden Rechte, des ewigen Urrechts der Menschheit auf das „Werden", und anderseits mit dem Verf. die „romantische" Natur der historischen Schule betonte; wie er auch in seinem folgenden „Zweckmomente" und in „Scherz und Ernst" einem praktischeren Rechte unter die Arme greift, bis er in dem, im Vorworte erwähnten Briefe an Bismarck vom 15. September 1888 endlich offen den Umschwung zu einer „realistischen", eben einer anderen, praktischen Methode proklamierte, — somit: an Stelle unserer historischen Schule! — Wie E. J. Bekker wiederholt (z. B. auch Pand. 1886 I Vorrede S. VI cf. S. 39) betont, die Hauptquelle gerade des heutigen Pandektenrechts fließe in der „Praxis", ferner (S. 8 u. 9) wie die rein „historische" Frage, in welcher Gestalt ist das römische Recht recipiert, und die „praktische", in welcher Gestalt gilt das recipierte zur Zeit? zu sondern sei, wie den Gerichten Recht und „Pflicht" zuzuschreiben sei, die Ergebnisse einer wissenschaftlichen Forschung einer



Digitized by Google

praktischen Nachprüfung zu unterwerfen, wie ihre Aufgabe sei, Organe für die Rechtsfortbildung zu sein. Ebenso gibt Bekker (Streit der historischen u. filos. Rechtsschule, 1886, S. 19 ff., Pand. S. 39 bis 40 Beil. I ꝛc.) bereits die Anwendung eines Naturrechts durch die „meisten und bekanntesten Theoretiker" offen zu, sowie (Ernst und Scherz, 1892, S. 102, 150), daß eine Zeit, welche Recht finden müsse, wohl auch Naturrecht anwenden müsse. Ebenda (S. 3 und 250) „scheint" er die Nothwendigkeit einer besseren „Schule" gleich Ihering gleichfalls nicht in Abrede zu stellen. — Wie Baron (selbst wie dereinst Thöl wieder) in der Praxis sogar eine Rechtsquelle ersieht (Pand. 5. Aufl. S. 22), mehr als wir Praktiker selbst brauchen! — Wie Hölder (Pand., 1891, S. 14) auch jetzt, obgleich das Präjudiz der Praxis bereits in den Pandekten Aufnahme gefunden hat, noch immer von einer besonderen „Schule" der Praktiker spricht. (Freilich ob dann auch wohl alle diese Pandektisten insoweit schon dieser anderen Schule der Praktiker angehören?) — Vor allem sind ja auch die klaren Anschauungen Dernburg's allbekannt. Sichtlich ist dieser in einer guten Schule, nämlich in der Pflege des preußischen Landrechts aufgewachsen; weil dieses, wenn auch unter der falschen Flagge eines Naturrechts (§ 1, 5 I), dennoch das moderne „geschichtlich"-positive Leben des Rechts der Gegenwart vielfach lebenswahrer begreift, als die historische Schule! Er erkennt wohl die heutige Rechtsentwicklung bereits ganz im Geiste einer realen oder praktischen Schule des Lebens des Rechts, und scheut sich gleichfalls nicht länger, einer bisherigen Schultendenz zu Liebe die, nun einmal nicht länger abzuleugnende Thatsache zuzugeben (Pand. § 17), daß — und das ist hochbeachtenswerth — Naturrecht neben einem geschichtlichen eben auch bei uns als positives Recht anzuwenden ist, so daß sich diese „zwei Richtungen ergänzen". — Wie nothwendig dies sein wird, zeigen vielleicht u. a. auch Bemerkungen Merkel's in Ihering's Nekrolog (Ihering's Jahrb., 1893, Bd. 32 z. B. S. 16) u. a. — In einer Feier der jurist. Gesellschaft in München vom Jahre 1894 zum 100jährigen Jubiläum J. A. Seuffert's betonte auch Bechmann dankenswerth, daß wir aus dem praktischen Rechte in J. A. Seuffert's Archive ꝛc. die Principien unseres Rechts erschließen müssen. (Münchener Allgem. Zeitung vom 6. Mai 1894, 2. Bl. S. 5 ff.) Dasselbe also, was eine praktische Schule und der Verf. seit 1865 will! — Und Regelsberger, Pand. § 7 S. 33, bezeichnet die Vereinigung der Lichtseiten der theoretischen und praktischen Richtung schon als das „Ideal" für eine wissenschaftliche Pflege des Rechts.

Eine, vielleicht in einem Punkte bemerkenswerthe praktische Erscheinung, ein Beweis, daß sich jetzt vielleicht auch das principielle Erforschen des „Wesens" des praktischen Rechts speciell zu regen beginnt, scheint die Schrift von Biermann „traditio ficta, ein Beitrag znm heutigen Civilrechte auf geschichtlicher Grundlage", Stuttg., F. Enke, 1891, zu sein. Leist, welcher dieselbe in der Münchener

Digitized by Google

krit. Vierteljahresschrift von 1893, Bd. 35 S. 176, bespricht, wie die unmaßgeblichen Studien des Verf. seit 1860 und 1865 über praktisches Recht gelangen theilweise zu anderen Resultaten. Symptomatisch und verdienstlich aber seitens Biermann's ist gewiß der, hier auch in der Außenwelt aufstoßende Versuch eines principiellen Nachweises, daß auch das praktische Recht auf einer „geschichtlichen" Grundlage, wie derselbe glaubt, auf der allein positiven, und nicht, wie man bisher annimmt, blos auf naturrechtlicher Grundlage — ruht! — Es wäre ja möglich, daß dereinst, nach dem Bekanntwerden von Anregungen einer Erforschung des Wesens des praktischen Rechts, eine Fluth von sog. praktischer Litteratur erscheint. Möge aber alsdann diese und jede solche kommende praktische Litteratur, wie Biermann, empirisch — d. i. nur aus einzelnen positiven Anwendungen (a posteriori) — das Wesen des lebenden und praktischen Rechts und seiner Gesetze construieren und so ein praktisches System bereiten, nicht naturrechtlich-aprioristisch wieder versuchen, (wie etwa eine jüngste aprioristische Besitzlitteratur § 2 IV II), sich zuvor den Begriff des praktischen Rechts zurechtzulegen und glauben, daraus je mit Sicherheit praktische Institute und Sätze folgern zu können! Damit allein werden wir — methodisch wenigstens — auf bessere Wege gelangen!

Fragen wir nun aber, was unterscheidet bisher schon die soeben angeführten Resultate selbst unserer besten Renommisten — des deutschen Privatrechts gar nicht zu gedenken, von welchem je ein Theil der naturrechtlichen, ein weiterer der historischen und ein dritter schon vollständig einer praktischen Schule zuzuweisen sein wird (§ 2 I 1) — thatsächlich noch von einer, zwischen Natur- und historischer Schule positiv vermittelnden Rechtsschule? Sie sind schon jetzt Angehörige offenbar einer anderen Schule, als derjenigen, welche Savigny 1815 (Zeitschr. I S. 1 ff., S. 6 u. 12) noch als geschichtliche bezeichnet, mindestens thatsächlich; denn sie alle haben den „Rubikon" der historischen Schule, das ausschließliche Recht der gesammten „Vergangenheit" bereits überschritten! Insoweit sind sie thatsächlich wenigstens bereits wissenschaftliche Praktiker; thatsächlich, indem sie so der besseren Methode der römischen Juristen folgen, welchen es stillschweigend gleichfalls nimmermehr einfiel, ihr Recht blos aus einem „vergangenen" Rechte mit Savigny schöpfen zu wollen! Theils indem sie thatsächlich bereits das casuistische Präjudiz adoptieren, welches, als viva vox des „lebenden" praktischen Rechts und der positiven Rechtsquellen, der Gegensatz ist zu einer Schule, welche sich blos auf die, zum Theil unpositive Phrase „vergangene Geschichte" allein beruft. Theils theoretisch, indem sie auch schon „Principien" adoptieren, welche rechtlich einer anderen praktischen Schule angehören. Solche heutige Juristen können und sollten sich wohl berufen erachten, eine theoretische Führung eines lebenden und praktischen Rechts innerhalb unserer Doktrin auch bewußt zu übernehmen. Man könnte so auch mit Bekker vielleicht, wenn ich diesen recht verstehe (Pand. S. 8), die Juristen in



Digitized by Google

unserem Jahrhunderte in drei sich unterscheidende Gruppen ausscheiden. — Einmal in solche, welche alles geschichtliche Recht auf den Gedanken seiner Entstehung in der Vergangenheit zurückführen wollten; vielleicht Hugo, Rudorff, Keller, Huschke, Eichhorn, Albrecht, Savigny's Zeitschrift (nicht unbedingt Savigny selbst und Puchta.) — Zweitens in solche, welche das römische Recht zu Grunde legen wollten, wie es recipiert wurde; man könnte diese letzteren vielleicht historische „Praktiker" (einer Vergangenheit) nennen; etwa Bruns, Stintzing, Berth. Delbrück, einige Germanisten. Diese beiden Gruppen würden noch einer historischen Schule eines vergangenen Rechts zuzuweisen sein. — Endlich drittens eine reine realistische oder praktische Schule, welche Geschichte mit Naturrecht nach Vorschrift der Rechtsquellen mit der Praxis zu einer organischen jeweilig lebenden Einheit fügt, derselben, für welche die Römer ein Vorbild abgeben, deren Gesetze der Verf. ermitteln möchte sowie Ihering testamentarisch befürwortet, und welche am reinsten bisher vielleicht Dernburg ausführt; zu ihr würde wohl auch E. J. Bekker trotz seiner Meinung, daß er noch der historischen Schule des „vergangenen" Rechts! angehören könne, gelangen können, wenn er, wie er vorhat, seine Trennung der historischen Frage der Entstehung (oder Reception in der Vergangenheit) von der praktischen Frage des Geltens (i. e. der lebenden Geschichte) des Rechts durchführt, und überdies mit Dernburg die reale, den Rechtsquellen gemäße Vereinigung von vergangener Geschichte (Gesetz und Gewohnheitsrecht) mit dem Naturrechte des Juristenrechtes suo loco anerkennt. Zu dieser dritten correkten Gruppe nun dürfte das Gros der neuesten Doktrin eine Uebergangsjurisprudenz bilden. So vor allem, wie schon im Vorworte erwähnt: Savigny's Prämisse vom „Leben" des Rechts, dessen Freiheit neben Nothwendigkeit, Puchta's produktive Rechtsdarstellung ꝛc., die Construktion Gerber's und der Neueren, Windscheid, wenn er einseitig das Präjudiz des lebenden praktischen Rechts adoptiert, die Grundgesetze aber freilich, welche dieses Präjudiz erzeugen, leider noch bekämpft, und die anderen Juristen dieser Uebergangsperiode.

3. Momentaner Stand unserer Civilrechtsentwicklung innerhalb unserer Uebergangsjurisprudenz. — Das Resultat des bisher Erreichten? „Thatsächlich" ist so jetzt das lebende und praktische Recht in Gesetzgebung wie Dogma bereits herrschend geworden: nicht mehr unbedingt selbstverständlich das Vernunftrecht des Naturrechts, und nicht mehr unbedingt auch die historische Schule des Rechts einer gesammten Vergangenheit! Wir betonen thatsächlich! Zu einer ausdrücklichen Anerkennung wird vielleicht erst die, im Jahre 1893 bekannt gewordene, in unserem Vorworte erwähnte ausdrücklich erklärte Ausscheidung Ihering's von der historischen Schule ihre Wirkung äußern! — Wer an diesem thatsächlichen Herrschen einer Schule des lebenden und praktischen Rechts zweifeln wollte, der blicke nur auf legislativem Gebiete auf die, jetzt wohl allgemeine

Digitized by Google

Anerkennung der Berechtigung einer nationalen Civilgesetzgebung: Denn schon wer legislativ eine andere Rechtsdarstellung will, als selbst das klassische vergangene römische Recht, gibt bereits zu, daß er das vergangene Recht der historischen Schule nicht ausreichend erachte: Er blicke auf positivem Gebiete darauf, wie casuistisch thatsächlich schon jetzt das, der historischen Schule eines vergangenen, rein römischen ꝛc. Rechts conträre Präjudiz der Praxis: diese viva vox des lebenden und praktischen Rechts, welche gleichfalls unzulässig wäre, wenn das Recht in einer gesammten Vergangenheit des rein römischen ꝛc. Rechts gegeben wäre, und überdies sogar jetzt, wie soeben unter 2 gezeigt, vielfach auch schon in unserer Theorie anerkannte Principien angewendet werden, welche denen der quietistisch-stabilen historischen Schule diametral conträr sind. Z. B. die Anwendung eines Naturrechts, einer Construktion ꝛc. ꝛc.

Wenn aber so das praktische Recht und eine praktische Schule innerhalb unserer Uebergangsperiode schon thatsächlich allerorts herrscht, ist damit schon alles gut? und herrscht damit dieselbe Schule dann auch schon theoretisch? Fragen wir aber heute noch die Doktrin unserer Universitäten und die, von ihr beherrschte Litteratur! Außer vielleicht Ihering in dessen Briefe an Bismarck, welchen unser Vorwort erwähnt, und einzelnen, diese bessere Schule wohl concludent und treffend in sich bergenden Juristen, wie etwa Dernburg, huldigt ihr bewußt und offen, d. i. theoretisch, wohl noch kein einziger Jurist unserer Doktrin! — — Schlagen wir unsere neuesten Pandektenlehrbücher auf! Da lehrt bis zuletzt noch ein Windscheid (Pand. § 9) die „geschichtliche“ Behandlung — ist noch jetzt die „herrschende“. Zwar bezieht er dies zunächst auf das römische Recht. Aber vor allem ist ja auch dies an sich nicht unbedingt geltend durch eine Geschichte der „Vergangenheit“ im Sinne der historischen Schule, sondern „nur“ dadurch, daß es zufolge der Ausflüsse der Rechtsquellen noch jetzt geschichtlich fort„lebt“. Und in Nord und Süd 1878 IV S. 47, 48 bekennt ja Windscheid überdies allgemeiner: „Ich denke, „wir wollen historische Juristen bleiben. Wir wollen die „Fahne“, „welche unser „Meister“ entfaltet hat, „hochhalten“, und wenn wir „dereinst abscheiden, so soll es unser Ruhm und unser Stolz sein, „daß durch uns ihre Ehren nicht gemindert worden sind“!! Welche Worte! Wieviel hat an ihr gerade Windscheid bereits gemindert (vgl. unten Ziff. 4)! — Ebenso würde es sich der Verf. zu hohem Verdienste anrechnen, wenn diese bescheidenen Untersuchungen in dem unabhängigen und scharfsinnigen Denker E. J. Bekker, welcher gleichfalls in den einzelnen Principien schon auf einer praktischen Schule steht, die Frage anregen würden, ob sich auch nach den jetzt dargelegten, positiven Gründen (cf. § 1 Ziff. 5 III und § 5—7 ꝛc.) dessen Annahme induktiv aufrecht halten lassen dürfte (Pand. § 17 S. 37): „den Kern der Savigny'schen Lehre wagt kaum noch Wer theoretisch „zu bestreiten“. Aber die öffentliche Meinung selbst glaubt schon nicht

Digitized by Google

mehr anders, als daß dieser Jurist: „gegen Savigny" ist (z. B. Zeitschrift f. vergleichende Rechtswissensch. Bd. VIII, 1889, S. 472, 474); und was ist eben der „Kern" der historischen Schule? Nach Bekker (Pand. S. 38): „Verwerfung der aprioristischen Spekulation und ein Fußen auf, nach fester Regel und Ordnung sich entwickelnden Stoffen". Mit diesem Kerne dürften wir ja wohl im allgemeinen alle einverstanden sein! Festere Gesetze der „Entwicklung" werden wir bedürfen: Rechtsquellen ꝛc.! Aber gerade deshalb werden wir die historische Schule prüfen müssen, ob auch sie schon eine Aprioristik beseitigt! Ist es denn empirisch und nicht höchst aprioristisch, daß das Recht, welches nach Savigny's Prämisse selbst „lebt", auf der gesammten „Vergangenheit" beruhen, gleich einem todten stillestehen könnte? Ist ein vergangenes, erstorbenes Leben der Pflanze, des Menschen noch „gegeben"? Ist der gegebene Greis noch der Säugling der Entstehungsgeschichte, die gegebene Frau noch die Jungfrau der Vergangenheit? Ist es ferner bereits eine feste Regel und Ordnung unseres Rechts, wenn wir mit der historischen Schule das, in der Gegenwart real soeben geschichtlich Gewordene (§ 2 I 2), ferner das Naturrecht, welches empirisch und subsidiär bei dem Mangel aller Geschichte als reales Recht des momentanen Werdens doch nothwendig Platz greifen muß, theoretisch nicht beachten, sondern aus aprioristischen Gründen einem Vergangenen allein: Antiquitäten, vorjustinianischer Jurisprudenz ꝛc., mehr Gewicht beilegen zu dürfen glauben, als dasselbe, gleich einem bloßen wissenschaftlichen Rechte (d. i. eben Naturrecht) verdient? Kurz wir werden versuchen müssen, im Verlaufe der gegenwärtigen Untersuchungen jene vier unterscheidenden Grundprincipien: das mechanische, organische, zeitliche und örtlich-räumliche, unser thema probandum näher nachzuweisen! (§ 1, Ziff. 5 III a. E. und § 1 Ziff. 9 II, § 6). Dann werden vielleicht die Unterscheidungsmerkmale einer realistischen von der historischen Schule des Rechts erst auch theoretisch bewußter hervortreten!

Was ist alsdann aber die Folge des nachgewiesenen Umstandes unserer Uebergangsperiode, daß eine nach der Methode des römischen Rechts wahre, positive Schule eines lebenden und praktischen Rechts noch immer in unserer Doktrin nur thatsächlich infolge Anwendung des Präjudizes, — noch nicht auch theoretisch bewußt — herrscht? Die Antwort lautet: So besteht alsdann eben keine thatsächliche, wohl aber eine „theoretische" Spaltung von Theorie und Praxis noch heutzutage fort, und diese äußert sich in mehrfacher Weise noch schwer fühlbar: 1. In einer Passivität, einem Nachhinken der Doktrin hinter der Praxis. — Theorie ist Ueberzeugung: das Gewissen eines praktischen Handelns! Folge dieser theoretischen, principiellen Spaltung unserer Doktrin, ihres andern Handelns, als gedacht, oder der Annahme des casuistischen Präjudizes im Einzelnen trotz des überzeugten Beibehaltens des historischen Principes des Rechts der gesammten Vergangenheit, welche eben diese viva vox des Rechts, das Präjudiz

Digitized by Google

ausschließt, ist also: Ein Handeln und Adoptieren seitens unserer Doktrin ohne Ueberzeugung von der Wahrheit und inneren Nothwendigkeit des adoptierten casuistischen Präjudizes der Praxis, und überdies: Daß unsere Doktrin selbst noch nicht so wahr Recht finden darf und kann, wie die Praxis casuistisch in ihrem Präjudiz, auch wenn diese Doktrin selbst Recht finden wollte! Unsere Doktrin „adoptiert" damit nur casuistisch fertiges, im Grunde „vergangenes" praktisches Recht! Sie wird aber so principiell nicht, wie die Praxis, das Recht unmittelbar aus dem Leben heraus mittels der Quellen selbst suchen, (wie unsere Einleitung zeigt). Auch jetzt vielmehr würde sie beim Rechtsuchen selbst noch nicht anderes Recht zu finden wissen, als nach ihrer bisherigen, principiell und theoretisch als noch berechtigt gedachten historischen Art: Indem sie eben primär das vergangene, römische ꝛc. Recht zu Rathe zieht, das corpus juris ꝛc. aufschlägt, um daraus „vergangenes" Recht darzustellen. Sie wird nicht erstens mit der Praxis (vide Einleitung Ziff. 1) das Leben und die Rechtsquellen, d. i. neben Gesetz auch insbesondere Gewohnheitsrecht, Usancen ꝛc. unmittelbar beobachten, oder, wo sie dies nicht kann, wenigstens mit der Praxis durch Nachschlagen der Präjudiziensammlungen entscheidend ersehen, ob sich dies Leben nicht wenigstens vor der Praxis, anders als in der Vergangenheit, bereits in seiner Bewegung thatsächlich geäußert hat, um alsdann eben zweitens all' dies thatsächliche „Leben" des Rechts an der Hand der positiven Rechtsquellen, des Gesetzes, Gewohnheitsrechtes, der inneren Gründe, mit der Praxis, gleichfalls spontan, auch juristisch nach seiner Berechtigung nachzuprüfen und besser umzugestalten! So wird sich methodisch erklären, wie die Doktrin auch noch, wenn sie das Präjudiz adoptiert, dies, zufolge ihrer historischen Schule, vielleicht aus einem ganz anderen Grunde adoptieren muß, als es das Leben und die Praxis feststellt! Diese Doktrin, welche an ihrem historischen Schulprincipe festhält, daß das Recht nur durch eine gesammte geschichtliche „Vergangenheit gegeben" sei, wird alsdann das Präjudiz nur adoptieren können, weil es die Praxis zuvor bereits geübt hat, weil es so infolge dieser Uebung der Praxis bereits ein, in der „Vergangenheit", geschichtlich gegebenes Juristenrecht ist! So allein kann sie ihrem historischen Schulprincip genügen und treu bleiben. Das Leben, die Praxis dagegen und ihre concludente Schule geht, bei der ersten Findung desselben Präjudizes schon, gerade umgekehrt zu Werke: Sie geht, wenn auch unbewußt, methodisch primär nicht von der historischen Vergangenheit, sondern von dem Leben des Rechts und seinem Erquellen aus den positiven Rechtsquellen, entweder von einem noch nicht durch desuetudo beseitigten fortlebenden Gesetze, oder von dem unmittelbar erfaßten Gewohnheitsrechte aus; erst secundär werden Leben und Praxis danach fragen können, was darüber das vergangene römische ꝛc. Recht lehrt und zugleich: ob oder warum es diesem nicht folgen darf. Aehnlich wie unsere Doktrin bereits im Handelsrechte selbst verfährt. — So würde unsere historisch denkende

Digitized by Google

Doktrin aber, abgesehen vom Handelsrechte, das lebende und praktische Recht nach Art des § 2 I 2 niemals selbstthätig finden können, sondern eben dem, unbewußt warum, aber thatsächlich gerade umgekehrt verfahrenden, Präjudize der Praxis nur nachhinken! Eine Uebergangsjurisprudenz, ein Windscheid beispielsweise, hinkt so in der That der Praxis noch nach. Sie bekämpft daher, um ein Beispiel anzuführen, das praktische Recht, soweit es eine bloße, praktische Theorie aus den lebenden Rechtsquellen, zum Theil selbst aus Gesetz (Lehens-, canonischem und Reichsgesetz) und aus dem Gewohnheitsrechte, und nicht aus römischem Rechte, darstellt, wie z. B. das Besitzrecht des Detentor ohne animus domini, welches Windscheid lange gestört und erst in seiner sechsten Auflage wider Willen adoptiert hat, ferner ein modernes, nicht eingetragenes Genossenschaftsrecht und ähnliche Beispiele von Neubildungen des § 2 I 2, solange sie kann, obwohl bei einem ersten blos theoretischen Finden schon dieses praktischen Rechts die eigentlichen positiven Gründe, die Rechtsquellen (§ 5), bereits gegeben und nachgewiesen sein müssen. So hindert unsere Doktrin aber methodisch noch immer der theoretische Wahn schon des Rechts „der gesammten Vergangenheit": dies Festhalten und nicht Ueberbordwerfen dieses falschen theoretischen „Principes" der historischen Schule und der Umstand, daß sie nicht an dessen Stelle die Wahrheit des „geschichtlichen, quellengemäßen Lebens", dieses besseren Grundprincips einer praktischen Schule, überzeugt innerlich erfaßt, welchem unbewußt und stillschweigend, aber concludent, von jeher Leben und Praxis folgt: in Rom wie in der Gegenwart! Die Leuchte unserer historischen Doktrin ist so heutzutage noch nicht ein selbstständig erzeugtes Licht, sondern entweder ein historisch vergangenes Irrlicht oder ein Phosphorescieren und ein Reflex des Lebens und der Praxis des Rechts, des Lebens, welches das Präjudiz der Praxis doch selbst nur mittelbar spiegelt! Diese, nur thatsächlich das Präjudiz adoptierende Doktrin Windscheid's steht so einer Produktion oder Spiegelung des Rechtes durch unsere Praxis noch innerlich fremd: feindlich, ohne innere „Ueberzeugung" oder mindestens passiv gegenüber. Sie sieht vielleicht darin nur eine aufgedrungene Nothwendigkeit, gewissermaßen ein nothwendiges, „unwissenschaftliches" Uebel! Zu einer aktiven Betheiligung aber an den großen materiellen Aufgaben der Gegenwart nach Römerart, zu der positiven Umgestaltung der Casuistik des Präjudizes zu einem, wenn auch anderen, praktischeren theoretisch erfaßten Systeme, als das antike römische Recht nach römischem Geiste, zu einer wissenschaftlichen Vorbereitung einer Gesetzgebung ferner — wie dereinst unser, nicht von einer historischen Doktrin irregeführtes heutiges Strafrecht, — dazu fehlt unserer Doktrin, auch bei der blos „theoretischen" Fortdauer der Herrschaft der historischen Schule schon, noch immer die innere Seele, das Beseeltsein von der Wahrheit der Rechtsdarstellung des Lebens und der Praxis; hierin hindert sie noch immer die Neigung, wieder in ihre historische römische ꝛc. Vergangenheit

Digitized by Google

mit ihren theilweisen Antiquitäten zurückzufallen. — Was so bisher noch, wie gesagt, nur mechanisch, nur ohne inneren Halt mit unserem Leben und Praxis zusammengelehnt ist, wie unsere in ihrem Grundprincipe in der Theorie historisch denkende Doktrin, welche verständnislos das Präjudiz der Praxis nur casuistisch duldet und in precären Gnaden aufnimmt, kann, muß jeden Augenblick, beim nächsten Windstoße, bei der nächsten schwierigen Rechtsfrage, und muß sobald auch nur diese Theorie sich allein überlassen ist, wieder auseinanderfallen! Aeußerlich zeigt sich dies ja im größeren Ganzen dadurch, daß die zahlreichen Neubildungen des praktisch lebenden und positiven Rechts, von welchen der § 2 I 2 nur einzelne Beispiele aufzuführen vermag, noch heute von unserer Doktrin entweder direkt bekämpft und verkannt, oder unbeachtet, und nur vielleicht zum kleinsten Theile, zum Theil vielleicht nach ungeheueren Kämpfen seitens der historischen Schule, theoretisch construiert sind. Daß so die immense Arbeitskraft unserer Universitäten, ihrer Lehrer, der von ihnen abhängenden Doktoranden, ihrer Preisaufgaben, Inauguralabhandlungen seit der Herrschaft der historischen Schule leider ihre Kraft vielfach nur an einem unpositiven historischen Rechte einer gesammten Vergangenheit noch immer vergeudet: Während so die Construktion des reichen, noch unbebauten Arbeitsfeldes des positiven realen praktischen Rechts von der Art des § 2 I 2 noch immer großentheils brach liegt und dasselbe nur in der principlosen Casuistik des Präjudizes sein Dasein fristet: — So brechen auch infolge der fortwährenden blos „theoretischen Spaltung" von Theorie und Praxis oder des Nichtüberzeugtseins unserer Doktrin von der Wahrheit und Berechtigung des praktischen Rechts fortwährend die alten halbvernarbten Risse und Wunden von neuem auf und schädigen dieselben Leben und Praxis nicht minder, wie den Ruf und das correkte Handeln unserer deutschen Doktrin selbst!

Nun aber auch zu dem weiteren Einwande unserer Doktrin, daß sie bei Annahme des praktischen Rechts der Praxis auch fernerhin nachhinken „müsse"! — Wie schon zu § 3 II A 2 bemerkt, kennt der Magister einer historischen Schule seit der Glosse als materielles Recht nur mechanische „Stoffe" einer Vergangenheit (§ 1, 5 II u. III § 6), nicht das von ihm selbst theoretisch gelehrte „Leben" des Rechts: Deshalb muß er immer eine, einmal geschichtlich dagewesene vergangene Praxis abschreiben, ohne das quellengemäße Leben selbst erfassen zu können: bald eine antike römische, bald eine heutige Praxis: das Präjudiz! Um es schwarz auf weiß „gegeben" zu haben! — Nichts aber, nach dem bisher Gesagten, wäre in der That verkehrter, als gerade die Befürchtung, daß das immer so sein müsse: Das gerade Gegentheil ist der Fall! Nachhinken mußte in unserer Doktrin bisher, wie soeben gezeigt, der Praxis beispielsweise allerdings der Uebergangsjurist Windscheid mit einer Fahne des Propheten noch; gerade deshalb, weil dieser das wahre lebende Recht des Präjudizes nur thatsächlich adoptierte, ohne es principiell zu verstehen; sein

Digitized by Google

Princip bekämpfte er (unten Ziff. 4), weil er trotz des Adoptierens des, der geschichtlichen Vergangenheit der historischen Schule conträren Rechts doch nur bei dem falschen historischen Schulprincipe, bei dem erfahrungswidrigen, conträren aprioristischen Wahne der historischen Schule stehen blieb, weil er so eben dies positiv lebende und sich bewegende Recht sonst trotzdem principiell wahr nur aus der zum Theil todten Vergangenheit der romantischen historischen Schule, aus römischem Rechte ꝛc. finden zu können glaubte, nicht umgekehrt mit der Praxis selbst, mit den Römern ꝛc. aus seinem positiven „Leben", aus seinen Rechtsquellen unmittelbar! So allein fehlte es dieser unserer, nur halb, nämlich nur in der Casuistik realen und praktischen, halb, im Principe aber, unpraktischen und historisch-romantischen Uebergangsjurisprudenz allerdings noch an der richtigen praktischen Leitung oder „Schule", um auch selbstthätig in die Darstellung des positiv lebenden Rechts eingreifen zu können. — Aber muß dies sein? Muß denn ein Windscheid und diese Uebergangsjurisprudenz sich dies Hindernis selbst bereiten? Am falschen historischen Grundprincipe des vergangenen Rechts kleben bleiben, um der Wirklichkeit des Lebens der Rechtsquellen nachzuhinken? Statt nach stolzer Römerart das eigene Leben unseres Rechts begreifen? Nimmermehr! Der Einwand aber, daß eine Doktrin das lebende Recht nicht ebenso finden *könne*, wie unsere Praxis und die dereinst praktische römische wie sonstige Jurisprudenz, ist eine absolut — aber auch durch nichts — gerechtfertigte, bloße Vorstellung. Kann man denn, wenn man sogar etwas anderem, als der Praxis, einem *Dritten*, einer allein korrekten dritten Grundlage, nämlich nur mit der Praxis den lebenden positiven Rechtsquellen gehorcht, der Praxis nachhinken? Man darf dies gar nicht unbedingt! Die Praxis selbst ist ja an sich überhaupt nicht einmal eine Rechtsquelle! Haben wir nicht ganz im Gegentheil bereits erwähnt, daß selbst eine wahre, praktisch geschulte Theorie, also auch eine Doktrin, denkbar ist, welche, gerade umgekehrt, schon in vorneherein unserer ausübenden Praxis *vorauseilen*, die Leuchte vortragen, d. i. die richtigen Resultate der Rechtsquellen schon zuvor zeigen, und dann auch noch hintendrein wieder falsche Urtheile der Praxis, d. i. Abweichungen von den Quellen des Gesetzes, Gewohnheits- und Juristenrechts, ihrer Kritik unterziehen kann (§ 2 II a γ S. 201 ꝛc.)? Ist nicht vielmehr, richtig besehen, die ganze Praxis selbst, — indem sie aus den Rechtsquellen ihr positives Recht sucht — ganz wie jede andere positive Theorie und so wie jede Doktrin, selbst nichts anderes, als: eine „Theorie" oder eine Wissenschaft? Wie kann also eine gleichberechtigte Theorie, Doktrin genannt, vorausgesetzt, daß sie principiell bewußt im Besitze der Kenntnis der gleichen, allein berechtigten Grundgesetze oder Schule und der positiven Rechtsquellen ist, einer anderen „Theorie", Praxis genannt, nachhinken müssen?

Nur dann wäre die Möglichkeit des Nachhinkens unserer Doktrin hinter eine Praxis bei der Darstellung des wahren lebenden und prak-

Digitized by Google

tischen Rechts denkbar, wenn die Rechtsquellen selbst, die Formen, aus welchen Doktrin und Praxis gemeinschaftlich das positive Leben des Rechts zu ersehen hätten, der Praxis leichter zugänglich wären, als einer Doktrin. Das allein könnte als Frage aufgeworfen werden! — Bei der positiv bereits gegebenen, anzuwendenden Gesetzgebung und bei den inneren Gründen, jener dritten Rechtsquelle des Juristen- oder des sog. wissenschaftlichen Rechts, ist dies gewiß nicht der Fall: Auch eine historische Doktrin kann bei Aufgeben ihrer Schultendenz ebensogut beispielsweise ersehen, daß das praktische Besitzrecht des Detentor ohne animus domini bereits in der Lehens-, canonischen und Reichs-„Gesetzgebung" gesetzlich begründet war, und daß daraus die weiteren „wissenschaftlichen" Analogien des praktischen Besitzrechtes des Detentor zulässig sind, welche das Juristenrecht gebietet! Bleibt noch das Gewohnheitsrecht allein! Ist aber auch hier der Einwand bei näherem Zusehen gerechtfertigt, daß diese eine Rechtsquelle dem Praktiker eher zugänglich ist, als dem Professor der Universität? Beide stehen nun an sich vor allem als Menschen, wie schon in der Einleitung Ziff. 1, II erwähnt, auch hier gleich: Kein noch so gelehrter Professor lebt so ganz isoliert außer der Welt und außer seinem Volke in einem Begriffshimmel, daß er nichts vom Leben und Bewegen des Rechtes wahrnimmt! Denn „das Recht ist mit uns geboren": Mit dem Richter, wie mit dem Professor! Auch der, fast „auf dem Katheder der Universität geborene" und herangebildete Gelehrte weiß daher heutzutage, daß gewohnheitsrechtlich z. B. die Sklaverei des römischen corpus juris auch ohne Gesetz bei uns längst nicht mehr „lebt" und gilt, daß aber bei uns Miethziele, Paternitäts-, Alimenten-, Deflorationsklagen, Verschollenheiten ꝛc. ꝛc. gewohnheitsrechtlich bestehen, welche im römischen Rechte nicht bestehen; daß das Wort Besitz bei uns (wie beispielsweise selbst der gelehrte Savigny wußte) eine Detention ohne animus domini in sich begreift, welche, wie man dann aus römischen Quellen ersehen kann, die römische possessio animo domini nicht schützte; er kennt diese lebende Gewohnheit wie das neue Gesetz: z. B. daß Unfall- und Invalidenversicherungen ꝛc. und sonstiges lebendes und praktisches Recht nach Art des § 2 I 2 bei uns, neben dem römischen und vergangenen Rechte, gilt. Darin also steht sich der Richter der Praxis und der Professor der Doktrin an sich, als Mensch und Volksangehöriger, wieder vollkommen gleich! — Zugegeben könnte ja werden, daß das, nicht jedem Menschen an sich gleich zugängliche Gewohnheitsrecht, namentlich in Specialfächern, z. B. im Handelsrechte, dem Richter infolge seines Contaktes mit dem Volke, mit Sachverständigen, wie Handelsrichtern ꝛc. und Anwälten leichter thatsächlich bekannt werde, als dem Gelehrten auf Universitäten. Aber diese Specialitäten des Gewohnheitsrechts kennt auch der Richter nicht in vorneherein. Deren ganz unmittelbare, thatsächliche Wahrnehmung ist für den Juristen ja auch gar nicht nothwendig. Einen Beweis bietet hier gerade der,

Digitized by Google

bereits sehr praktische Professor des Handelsrechts! — Denn die thatsächliche Seite des „Lebens des Rechts in unserem Volke", der Rechtsfall, wird ja schon in den zahllosen Präjudiziensammlungen, im Präjudize neben einem Entscheidungsversuche und auch noch dazu mehr oder weniger losgeschält von den vielen irrelevanten faktischen Umhüllungen, mit welchen ihn regelmäßig der Laie dem Richter unmittelbar erzählt, stets gleichfalls miterzählt. Der Gelehrte hat also hier wieder sogar einen Vortheil vor dem Praktiker voraus: Er braucht das relevante Faktum nicht mühsam aus dem Vorbringen der streitenden Parteien und Sachverständigen selbst erst herauszuschälen, was einen großen Theil des Thuns der Praxis in Anspruch nimmt. Diese, nicht selten zeitraubende Thätigkeit bleibt dem Gelehrten in vorneherein ganz erspart; er ist also hier schon deshalb im Vortheil: Denn in Bezug auf die juristische Prüfung des Rechtsfalls steht der Gelehrte alsdann dem Richter trotzdem wieder ganz gleich; im Gegentheil, er hat auch hier wieder den Vortheil, schon einen einmaligen Lösungsversuch des Präjudizes vor sich liegen zu haben und braucht, statt mit dem Richter zum ersten Male zu prüfen, nur nachzuprüfen. Die Rechtsfrage ist ja bekanntlich überhaupt eine Abstraktion vom Faktum. Der Richter kennt also doch dadurch allein, daß er die Parteien über das Faktum vernimmt, noch lange nicht das Recht! Um kein Jota mehr. Im Gegentheil: auch der Richter muß das Faktum des Rechtsfalls mit in sein Berathungszimmer oder nach Hause nehmen und wie der Professor sich darüber den Kopf zerbrechen. Warum soll da das praktische Recht nicht auch, wenn er selbst nur will, den Kopf eines Professors zerbrechen dürfen und der Professor das lebende, praktische Recht nicht ebensoleicht finden, abstrahieren, sogar seinem Beruf gemäß in System und in einen technischen Begriff fassen können, als der, auch noch zu rascher Entscheidung gedrängte Richter? Im Gegentheil also, der Professor der Doktrin hat hier einen doppelten Vortheil voraus! Thatsächlich sind ja auch höchst wichtige Bestandtheile gerade des realen praktischen Rechts nicht durch die Praxis, sondern durch eine Doktrin bereits von jeher zuerst juristisch entdeckt worden; z. B. das ganze deutsche Privatrecht, soweit es lebendes und geltendes Recht zeigt! Zur Zeit Beselers z. B. die höchst praktische, nicht eingetragene Genossenschaft u. s. w. — Zu dem allen aber hat der Professor der Doktrin noch einen letzten, bisher noch gar nicht erwähnten Vorsprung vor dem Praktiker voraus, welcher nicht hoch genug anzuschlagen ist; wer sollte es glauben: allen Ernstes die Rechtsgeschichte! (S. 281.) Das heutige Recht nämlich ist auch „mit ihm" geboren und lebt als, auch von ihm gekanntes Rechtsgefühl in ihm schon von selbst, wie in uns allen. Er begegnet nun in der Rechtsgeschichte der Vergangenheit Instituten, welche historisches Unverständnis seit der Glosse mit den, ganz anders in uns lebenden Begriffen zusammenschachtelt; so wieder die Beispiele des § 2 IV. Die heutige Injurie oder Beleidigung findet sich beispielsweise in der römischen

Digitized by Google

Geschichte umgekehrt als ein generelles Aushülfsdelikt des: omne, quod non jure fit, anstatt als unsere specielle Beleidigung der contumelia. Der heutige Besitz, welcher uns in seiner faktischen Erscheinung, laut der, in Savigny selbst lebenden, ihm angeborenen Rechtsanschauung nur als eine Detention, als ein faktisches Innehaben erscheint, findet sich in der (durch historisches Unverständnis mit dieser Detention verwechselten und zusammengeschachtelten Rechtsgeschichte der) römischen possessio, wie in § 2, IV II gezeigt, sogar anerkannt nur umgekehrt als: „Recht" am ager publicus, als publicianisches, prätorisches, bonitarisches, Provincial- ꝛc. „Eigenthum"; für dieses ist eine Detention, zufolge des constitutum possessorium ganz und gar unwesentlich, ja nur zufällig! Wie viel leichter kann da also eine Doktrin, welche nicht von einer schädlichen Tendenz des Zusammenschachtelns Savigny's bestimmt wird, hier das ihm angeborene lebende Recht auch noch durch bloßes Gegenüberhalten der Rechtsgeschichte von dem antiken, vergangenen Rechte, wie spielend, unterscheiden, und so auch noch viel leichter, als ein Praktiker, anderseits das Wesen und die Verschiedenheit des lebenden und praktischen Rechts vom vergangenen der historischen Schule begrifflich scheiden! Dieser Vorsprung der wissenschaftlichen Doktrin ist ein allerdings sehr wesentlicher. Er macht das Rechtswissen erst zu einem auch wissenschaftlich vollständig bewußten, historisch sicheren! Der Verf., welcher zufällig diese Verschiedenheit schon auf der Universität erkannt und seit 1865 zuerst die Unabhängigkeit unseres heutigen Detentionsrechts von der römischen possessio darzulegen versucht hat (§ 2 IV, II Note *), gesteht so von jeher jedermann offen zu, daß er, obgleich Praktiker, doch zum vollen, sicheren Verständnisse der Verschiedenheiten des „praktischen" und des historisch-römischen Rechts erst durch die rechtsgeschichtliche Betrachtung u. a. des unus casus in § 2 J 4, 6, sowie durch das Lesen des Digestentitels de a. possessione 41, 2 im Urtexte, aber bevor er Geld hatte, sich Savigny's künstlich täuschende Zusammenschachtelungen zu kaufen und auch selbst nicht durch den Anblick des Lebens allein, gelangt ist! Der Praktiker an sich kann deshalb weit gedankenloser, als der Historiker, unbelehrt von Rechtsgeschichte, die überlieferte possessio hinnehmen, gedankenlos eine Besitzklage eines Besitzers mit suspensivem Eigenthumsvorbehalte eines Andern, eines Besitzers von unvertheilten Gemeindeantheilen ꝛc. eben wegen Mangels eines animus domini einfach abweisen! Damit ist er fertig; er kann solchen wohlerworbenen Rechten mit unserer historischen Doktrin ihr Recht entziehen, wenn er nicht ersieht, was ganz anderes sich die Römer unter ihrer possessio animo domini gedacht haben! Er braucht da alsdann nur Savigny's romantisch-utopische Mustermonographie zu allegieren, ohne sich den Kopf zu zerbrechen!

Das Resultat also ist: der Einwand unserer Doktrin, daß sie bei Darstellung eines positiven, praktischen Rechts unserer Praxis und dem Präjudize auch fernerhin nachhinken müsse, ist nach allen

Digitized by Google

Richtungen ungerechtfertigt! In fast allen Punkten hat unsere Theorie da vor der Praxis einen Vorsprung voraus, welcher ihr sogar eine Ueberlegenheit über die Praxis verschaffen könnte, sobald sie sich nur entschließt, der aprioristischen, unmöglichen Tendenz, dem Wähnen der Schule des Rechts der gesammten „Vergangenheit" zu entsagen! Es ist dies noch heute eine in der That lächerliche Befürchtung einer Doktrin, wie sie vielleicht, wie wiederholt gesagt, dereinst einer Medicin vorschwebte, als sie dereinst vor Schönlein und anderen ihr ganzes Wissen noch aus der Ueberlieferung eines historischen Galen und anderer entnahm. Sie hielt es vielleicht ebenso unmöglich, selbst einmal an das Krankenbett zu gehen und das Leben unmittelbar zu beobachten. Ist diese Schüchternheit bei ihr heute nicht — und mit welch' lohnendem Erfolge — längst überwunden?

2. Eine weitere Folge einer blos „thatsächlichen" Einigung von Theorie und Praxis im casuistischen Präjudize und trotzdem eines Fortbestehens einer theoretischen Spaltung beider durch Haftenbleiben der Uebergangsjurisprudenz unserer Doktrin an dem falschen historischen Schulprincipe vom Rechte der gesammten Vergangenheit ist: daß diese Uebergangsjurisprudenz dann fortwährend auch jetzt noch sowohl sich selbst, als das Leben und die Praxis geradezu sinnlos „schädigen" kann! Sobald nämlich infolge solch' trostloser Spaltung und Unverständnisses des Lebens des Rechts die Verhältnisse einmal so verfahren sind, wie bei uns in Deutschland, daß die gewaltigen Hilfsmittel einer eigentlich wissenschaftlichen Litteratur ausschließlich und zunftmäßig fast nur einer Doktrin zugänglich sind, welche sich principiell weigert, das wahre „lebende" und allein positive Recht selbst darzustellen oder auch nur andere darstellen zu lassen! so schadet und discreditiert sich vor allem eine solche historische Doktrin selbst und ihren Ruf: Sie wird vielfach selbst nur falsches, antiquarisches Recht darstellen. Sie schädigt aber ebenso auch, wie wir in § 4 A sehen werden, tief das Rechtsleben, und sie schädigt die Praxis und ihr praktisches Recht. Dies letztere ist hier zunächst zu zeigen!

Sucht irgend ein Praktiker das, für das Leben unentbehrliche, reale, praktische Recht darzustellen, welches eine historische Doktrin nicht erfaßt, so wird der beschränkte Raum eines Präjudizes niemals ausreichen, um dies gewordene Recht nach Art des § 2 I 2 auch wissenschaftlich wie geschichtlich allseitig so zu erschöpfen, daß dasselbe auch der Oeffentlichkeit zum vollen Bewußtsein gelangt; namentlich um auch diese zu „überzeugen", daß es ohne solch' praktisches Recht in derartigen Fällen im Leben eben nicht geht! Will sich aber so ein praktisch einigermaßen erfahrener Jurist dennoch opfern, dies lebende Recht, gerade z. B. das Besitzrecht des Detentor, sein praktisches Erfließen aus den lebenden, positiven Rechtsquellen, seine Gesetze und seine Schule darzustellen, so hat er noch jetzt immer wieder mit unglaublichen, inneren wie äußeren Schwierigkeiten zu kämpfen. Es entsteht ein kleinlicher, der Wissenschaft und Wahrheit unwürdiger —

Digitized by Google

gewissermassen Krieg! — Die ganze, rein wissenschaftliche Litteratur ist dem Praktiker für solche reale praktische Fragen unter der Herrschaft einer historischen Schule von vorneherein verschlossen. Eine andere existiert nicht. Diese Schwierigkeit schon ist alleinige Folge davon, daß die Doktrin auch unserer Uebergangsjurisprudenz noch immer „theoretisch" an dem historischen Schulprincipe hängt, daß vergangenes Recht ein Recht sein kann, und sich unbewußt ist, wie ein „anderes", wahres Recht principiell allein in Leben und Praxis lebt! — Wir haben ja auch bereits oben (zu § 3 IV 1) mitgetheilt, wie sich dieser Fanatismus zunächst an der Praxis und dem Praktiker, u. a. an dem Verf. selbst im allgemeinen bewährte, als derselbe, trotz des allseitigen Adoptierens des Präjudizes, auch die Gesetze dieses nämlichen, allseitig adoptierten Präjudizes unseres praktischen Rechts zum Besten, im Dienste der Allgemeinheit zu ermitteln suchte, um so innerhalb unserer Theorie principielles reales Verständnis des Rechts und Einigung unserer Theorie und Praxis zu ermöglichen! Die ihm zuvor eröffnete historische Litteratur beispielsweise schloß sich ihm wieder in demselben Momente zu. Der Verf. mußte, weil ihm selbst die wissenschaftliche Litteratur verschlossen war, eben bessere, als solche schon nicht ausgeschlossene Juristen unserer „Doktrin" mit der trostlosen Lage des Lebens und der Praxis nicht minder, als einer realen Theorie vertrauter zu machen suchen, deren kritische Schärfe und unabhängiges Urtheil ja eine Garantie dafür bot, daß auch sie an diesem Darniederliegen des Rechtslebens wie der eigenen Jurisprudenz unseres Vaterlandes nicht ganz theilnahmslos vorübergehen werden. Denn unsere Praxis selbst hatte, seit dem Toben jener Panik und längst, auf das Denken über ihre untersten Gründe, die Principien einer Schule verzichtet, war der wissenschaftlichen Litteratur beraubt, und diese unsere „Doktrin" besorgte jetzt das Denken über Principien ganz allein! Sollte der Verf. dies nicht thun? Die Wahrheit und Größe unseres vaterländischen Rechts bedingt doch auch ihre, unserer Doktrin Ehre und ihren Namen. Der Verf. hat bereits die, jetzt Todten unter den Juristen unserer Doktrin genannt, an die er sich im Interesse unseres Rechts wandte. Einen Windscheid (cf. Ziff. 4 unten), welcher anfänglich günstig schwankte, und dann, wohl aus Furcht vor der Clique, das quellengemäße Recht und seine Vertreter völlig grundlos und empfindlich schädigte; einen seelenvollen Bruns, welcher früherhin der Naturrechts- dann erst der historischen Schule angehörig, der Praxis wohlwollend gegenüberstand und endlich 1874 auf längeres Drängen des Verf. in verdienstlichster Weise in seinen Besitzklagen dankenswerth die geschichtliche Vertretung des, vom Verf. seit 1865 (§ 2 Ziff. IV, II Note *) angeregten heutigen praktischen Besitzrechtes gleichfalls übernahm. Einen Ihering, welcher, wie in unserem Vorworte gezeigt, alsdann mit den Worten des Verf. die historische Schule als die „romanistische" sachlich gleichfalls bekämpfte und schließlich unserer Jurisprudenz noch in einer Art Testamentes mit den Worten des Verf.

Digitized by Google

die Anerkennung der Nothwendigkeit einer besseren „realistischen" d. i. eben einer „praktischen" Schule überhaupt, ganz mit dem, in den Anregungen des Verf. von 1865 angewendeten Ausdrucke, ans Herz legte! So sind zwar die Anregungen des, selbst aller Hülfsmittel unserer Theorie beraubten Verf. vielleicht thatsächlich nicht ganz spurlos vorübergegangen; aber die Panik, welche das Extrem der zum Theil aprioristischen historischen Rechtsschule großgezogen hatte, das Wirken des verschiedenen Schulprincipes unserer historischen Schule vom Rechte der Vergangenheit war noch immer so mächtig, daß, wie schon im Vorworte zu des Verf. „Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio" gezeigt, die Kämpfe zwischen Theorie und Praxis nicht endeten; daß kein einziger dieser trefflichen Juristen unserer Doktrin selbst, wie auf einheitliches Commando oder Pakt, so es wagte, den Namen des Praktikers und Verf. auch nur zu allegieren; auch dann, wenn er die Resultate des Verf. benützte! Die Schädigungen waren damit dennoch bedeutende! Der Praktiker läuft damit fortwährend Gefahr, zum Dank für alle Opfer selbst auch noch seines litterarischen Eigenthums beraubt zu werden. Die Folge ist aber dann, nicht nur Schädigung des Praktikers, Verlust an wissenschaftlicher Achtung, wenn seine Resultate als fremde hingestellt werden, wie an materiellem Absatze, so daß jeder Praktiker selbst schon durch Kosten an dem Fortsetzen seiner Unternehmungen im Interesse unserer gesammten nationalen Jurisprudenz gehindert werden konnte; sondern auch die moralische Folge, Schädigung der Wissenschaft in der Praxis, so daß unsere Praxis gar nicht sieht, daß gerade in ihrer Uebung, nicht in dem Erfinden, ein reales, concludentes Princip steckt; daß eine Theorie der Praxis praktischen Werth hat; daß diese sich nicht gleichfalls achtet und ihre treuesten Juristen wegen „Theorie" schädigt, daß auch diese immer noch davon abgeschreckt wird, consequenter, als bisher ihre eigenen stillschweigend und concludent geübten, allein wahren Grundgesetze zu achten, geschweige vor der Oeffentlichkeit kennen zu lernen und bekannt zu geben, welche sie allein doch bisher unbewußt übt, und welche doch Theorie und Praxis allein zur Einheit und Wahrheit: auch eine Theorie selbst erst also zu wahrem Ansehen und Einfluß im Leben, gleich unserer Medicin, führen kann! Die Praxis wird so in ihrer Apathie, in ihrer Meinung von der Werthlosigkeit einer, uns hier zur Zeit allein rettenden, praktischen „Theorie" nur immer mehr bestärkt. Beide, Praxis und Theorie erfahren so beispielsweise gar nicht, daß die erste Wiederbegründung einer, für Praxis und Doktrin unentbehrlichen, sie wiedervereinigenden praktischen Schule bereits im Allgemeinen versucht, daß auch im Einzelnen u. a. durch eine praktische Wissenschaft eine Reform der unrealen Musterlehre der historischen Schule, von Savigny's Recht „des Besitzes", nämlich: „das Besitzrecht des bloßen Detentor", in die Praxis unseres Reichsgerichts, in unsere neueste Theorie, in unsere Gesetzgebungsentwürfe segenbringend (§ 4 a. A.) bereits eingeführt werden konnte,

Digitized by Google

daß aber auch die „römische" possessio praktisch niemals diese bloße faktische Detention, sondern das eine, durch Faktum (corpore et animo domini) allein schon erworbene römische Doppeleigenthum (§ 2 IV 2) war, wie so allein theoretisches Begreifen des realen, praktischen Rechts nach Römerart beiderseits nützen kann, daß und wie gerade der Sitz all' des Uebels, das „Hauptübel" unseres Rechtszustandes nach Savigny selbst (Syst. I Vorrede S. XXV), Folge gerade des historischen Schulprincipes und Rechtes einer gesammten „Vergangenheit" allein, der Zusammenschachtelung dieser mit der Gegenwart, und der hiedurch allein herbeigeführten Trennung von Theorie und Praxis, von Lehre und Realität ist! — So dauern die Schädigungen eines consequenten, correkten und principientreuen Urtheilens der Praxis, die Intriken einer historischen Doktrin wie eines abnormen „historisch vergangen" denkenden Theils der Praxis gegen das praktische Recht selbst, auch in unserer „Uebergangsperiode" noch fort! Seitens unserer Doktrin wird dies aus dem Beispiele Windscheid's sofort unter Ziffer 4, seitens der Praxis aber beispielsweise aus der Darlegung eines erschreckend abnormen Falles aus der Praxis selbst (§ 4 D IV) nachgewiesen werden können! Diese litterarische Eigenthumsbeschädigung, dieses Nichtallegieren und Vertuschen der Resultate, diese Schädigung der Praktiker seitens unserer historischen Doktrin aber schadet so beiden Theilen!

Mit einem gewissen Humor mußte so vor einiger Zeit noch der Verfasser einen, vielleicht gar nicht einmal so böse gemeinten „Jubel" eines Recensenten mitansehen, daß „sein praktisches Besitzrecht" nicht durchdringe; „sein": gehört denn ihm die reale Wirklichkeit, deren selbstlose Copie doch der Verf. nur bietet? Der Verf. appelliert aber da an eine Einsicht aller Doktrin: Ein Theil einer Doktrin lacht da den Verf. aus, weil dieser Theil sich selbst, seine Wahrheit noch vor aller Augen schädigt?! Was schadet es denn dem Verf., wenn diese Doktrin ein römisches Eigenthum noch immer als bloßen Besitz anwenden, all' die Zerrbilder des § 2 IV II Ziff. 4, die Schädigung des Rechtslebens in § 4 A sich zu Schulden kommen lassen will; wenn sie in einer Lehre der römischen possessio, welche sie mit einer Besitzlehre verwechselt, sich selbst fortwährend im Kreise drehend, niemals zur Einheit ihrer Besitzlehre gelangen kann, welche faktischen Besitz mit und ohne animus domini einheitlich in einen Begriff vereinigen soll und vereinigen zu können wähnt?! Schadet denn dieser Theil einer Doktrin so nicht sich selbst? Und ist denn das Besitzrecht einer realen Wirklichkeit (nicht der Person des Verf.) wirklich so ganz unbeachtet geblieben? Dessen eine Hälfte, das Detentionsrecht des canonischen Pfründebesitzers, Vasallen, Faustpfandgläubigers, selbst des Pächters ꝛc. hat ja längst das deutsche Reichsgericht und die Praxis jetzt einmüthig, selbst unsere bessere Doktrin dankenswerth beachtet, und — wider Willen hat es endlich, aber erst in einer 6. Auflage (der Pand. § 162a S. 545), selbst ein schwankender



Digitized by Google

Windscheid aufnehmen müssen! In der anderen Hälfte, in der römischen possessio (§ 2 IV, II Ziff. 2), einer Frage rechtsgeschichtlicher Natur freilich, ist es allerdings der „historischen Schule glücklich gelungen", die Praxis noch fortwährend zu täuschen und ihre eigene Schwäche todtzuschweigen, daß sie ihrem Meister Savigny zu lieb ein antikes Doppeleigenthum mit realem heutigen Detentionsrecht mißdeutet. Was sehen wir aber: Muß sich nicht dort soeben erst wieder selbst der sonst treffliche Baron in Ihering's Jahrbüchern Bd. 29, 1890, S. 209, wie von Prosperos Ariel in Shakspeare's Sturm in Wirbeln gedreht, in einem circulus vitiosus bewegen? Weil ein Praktiker tendenzgemäß von einem Professor der historischen Schule auch der Uebergangsjurisprudenz nie allegiert werden durfte, konnte ein Baron bisher niemals erfahren, daß ein Praktiker diese Kreise wiederholt (z. B. in seinen Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio, Erlangen, Deichert, 1884, § 3 S. 46 ff.; man vgl. auch unterstützend S. 47 Note 16) wohl längst auseinander gelöst, entwirrt hat. Daß die Lehre der possessio der Römer eine einheitliche war, weil der germanisch mißdeutete abgeleitete Besitz Savigny's in Rom in Wirklichkeit nichts, als eine Eigenthumsübertragung nach jus gentium, (des sog. in bonis) auf Zeit: auf die Dauer der Verpfändung, Sequestration oder bis auf Widerruf war! Das, durch Faktum, corpore et animo domini allein schon erworbene Eigenthum des jus gentium der possessio (des Provinzial-, prätorischen, bonitarischen ꝛc. Eigenthums) ward hier nur precär und zeitweise, ganz ebenso übertragen, wie auch in der vorjustinianischen civilen fiducia eine zeitweise Eigenthumsübertragung (durch Mancipation ꝛc.) des civilen »dominium« ex jure Quiritium behufs Verpfändung und bis auf Widerruf erfolgen konnte. So schadet tendenzgemäße historische Unwahrheit auch unserer Doktrin! So muß noch jetzt ein Baron vergeblich nach einer „Einheit des sog. Besitzbegriffes" der römischen possessio erst suchen und sich noch immer und endlos im Kreise drehen; einfach, weil unsere heutige, theoretisch von der Praxis noch immer gespaltene Uebergangsdoktrin zwar das praktische Recht thatsächlich im casuistischen Präjudiz, aber weil sie tendenzmäßig dasselbe praktische Recht noch nicht in seinen Gründen und nothwendigen Grundgesetzen, ja beileibe nicht einmal in den, von einem Praktiker nachgewiesenen, rein „geschichtlichen" Gründen als zünftiges hören oder beachten will! So ähnlich schädigend nach allen Seiten, für sich und andere aber ist auch jetzt noch in unserer Uebergangsperiode nach der „thatsächlichen" Vereinigung unserer Theorie und Praxis im Präjudiz deren, noch immer fortbestehende, „theoretische" Spaltung und der hieraus entstehende, sinnesbare, kleine Krieg! — Ist denn mit solchen Gründen der Praktiker, welcher unwillkürlich gegebene reale Gesetze des Rechts erforscht, nicht selbst blos ein unterwürfiger, demüthigster Diener und bloßer nuntius einer dritten, weit höheren gewaltigen Macht, welcher alle Jurisprudenz wird folgen müssen, auch unsere Doktrin: einer über uns allen stehenden

Digitized by Google

Empirie und induktiven Wahrheit? — — Mußte denn ein Praktiker hier nicht eingreifen, um unserem Volke endlich ein wahres Recht unmittelbar aus dem Leben heraus darzustellen, zu retten, und dieses von den in § 4 A geschilderten schweren Schädigungen zu bewahren? Allein deshalb, weil unsere Doktrin bisher die Schule, diese ars, welche doch schon ihre eigenen Vorbilder, die Römer, geübt: das Recht real und quellengemäß aus dem Leben zu erfassen, noch nicht wieder aufgenommen, sondern aprioristisch bei einem unwahren vergangenen Rechte einer historischen Schule „theoretisch" sich allein Rathes erholen wollte! Ist dies Haften unserer Doktrin an, jetzt utopischem, Vergangenen nicht auch eine bloße Krankheit eben nur unserer Doktrin und Zeit, jener oft erwähnte »morbus aprioristicus«? Würde dieses doktrinäre, fortwährende Festhalten an aprioristisch falschem Rechte nicht selbst unsere Regierungen am Ende zu der Frage zwingen müssen, ob es doch gut ist, daß die ganze Vorbereitung von „Richtern" einer aprioristischen Doktrin in die Hand gegeben ist, welche aprioristisch hartnäckig ihre Schüler irreleiten, ihrem Volke seine wohlerworbenen Privatrechte nach Art des § 4 A entziehen, mit ihren Principien im öffentlichen Rechte aber durch sinnesbare reaktionäre Revolutionen, wie schon im Vorworte und § 1 Ziff. 5 bemerkt, Staat und Kronen fortwährend gefährden können wird? Gibt es nicht eine andere, bessere Methode, zu lehren? Gibt es nicht auch andere Einrichtungen, zu lernen? Haben die classischen Römer zur Lehre ihres wirklich classischen Rechts nicht andere Einrichtungen benützt, als die Beiziehung von lebensunerfahrenen Doktrinären? (Puchta, Cursus der Inst., I, 4. Aufl. § 77 S. 313 ꝛc.!) — — Deshalb wird das bisherige Aschenbrödel: lebendes oder praktisches Recht, reale, allein quellengemäße und: allein positive Wirklichkeit, welches allein zwischen den Kämpfen des alten und neuen Rechtes, des Gegebenseins und geistigen Vernunftschaffens, gerecht und positiv zu vermitteln vermag, als gleichberechtigt aus der bisherigen »salle de refusés« den Wiedereintritt in den »salon« unserer Rechtswissenschaft, nicht blos als Casuistik und Präjudiz, sondern auch principiell wieder fordern müssen: als die wiedergefundene antike classisch-römische Kunst, das Recht, statt aus dem Cadaver des vergangenen römischen Rechts, nach Römerart aus unserem eigenen quellenden Leben zu erfassen. Deshalb wird der unsachliche kleine und kleinliche Krieg seitens der Doktrinäre gegen unsere reale, unwillkürliche Praxis endlich zu unterlassen sein: Damit auch unsere Theorie nach Römerart, aus dem Präjudize nach classischer Methode endlich ein reales System, und unsere Praxis umgekehrt nach Römerart, statt des Wustes immer mehr anwachsender Bände von einzelnen Präjudizien, ein compendiöseres System, ähnlich den Justinianischen Digesten erhalte! Das walte Gott! — —

4. Der Uebergangsjurist „Windscheid" speciell und sein Hin- und Herschwanken zwischen historischer Schule, Leben und Praxis. Ein Bild der Uebergangsperiode. — Nur vielleicht ein einziger Romanist, selbst noch aus der jüngsten Uebergangsperiode der historischen Schule zum praktischen Rechte auf unseren deutschen



Digitized by Google

Universitäten allerdings existiert, welcher bisher nicht blos zuerst in unserer historischen Doktrin wieder, nach längerer Pause, das Präjudiz, sondern auch selbst wieder den litterarischen Praktiker als solchen und seine „andern" Resultate wenigstens allegierte, und so selbst auch den noch allegiert, welcher offen bekennt, daß er die historische Schule Savigny's in ihrem Grundprinzipe zum Theil als eine unpositive erachten müsse: Dieser Uebergangsjurist ist Windscheid. — Aber auch er leider allegiert, wie gesagt, die gesammte Praxis in einer Weise, welche der Verf. schon im Vorworte seiner Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio 1884 S. XIX. ff. berührt. So, daß er deren inneres, wissenschaftliches Verständnis, deren Begründung, sowie die Person der Praktiker geradezu schädigt, und daß diese letzteren wohl selbst hie und da werden wünschen müssen: Gott beschütze mich vor meinen Freunden, vor Feinden will ich mich selbst schützen! — Die Geschichte seines Wirkens würde sich kaum ganz ohne etwas Lauge klären lassen, behufs deren Benutzung der Verf. ja den nachsichtigen Leser ebendeshalb schon in den Vorbemerkungen zu § 3 um seine Erlaubnis gebeten hat: im Interesse der Sache des Rechts. — Materiell ist nämlich ja so wohl Windscheid vor allem der Mann, welcher glaubt, mit einem Todtenkopfe (mit dem leitenden Schulprincipe der zum Theil todten „Vergangenheit" der historischen Schule) und trotzdem mit einem lebenden Körper (dem Präjudizienbaue der Praxis) nicht nur selbst existieren und förderlich wirken, sondern auch unsere Theorie wie Praxis zwingen zu können, jenem todten, sie nie beseelenden und belehrenden Haupte anzugehören und ihm zu huldigen, welches doch die Existenzberechtigung ihres Lebens ausschließt! — Um ein Gesammturtheil über das Wirken und die Verdienste dieses Mannes abgeben zu können, müßte man allerdings dreifaches unterscheiden: einmal das, was seine Pandekten nur dem römischen Rechte und seiner mehr als tausendjährigen Litteratur abnehmen und verdanken; zweitens das, was sie nur der erstmaligen Wiederbenützung des Präjudizes der Praxis abnehmen und verdanken. Beides müßte man von dem übrigen, neuen Inhalte seiner Pandekten abziehen. Erst dies dritte »residuum« ist das eigene Verdienst und Schaffen Windscheids! Es würde vielleicht um manches weniger sein, als in dem Buche steht! Aber unsere Praxis interessiert hier zumeist nur der zweite Inhalt: das, was Windscheid der „Praxis" entleiht. In dieser Beziehung, in Bezug auf den, so durch ihn bewirkten Einfluß der Praxis auf die Rechtslehre unserer Doktrin ist die Pandektendarstellung Windscheids geradezu Epoche machend. Seine Ausführung ist eine geradezu raffinierte. Seine Erfolge sind die eines Mannes, welcher — mit den gewaltigen Hilfsmitteln einer Litteratur unserer Doktrin ausgestattet — zuerst den ganzen lebenswahren Inhalt der Praxis wie unbemerkt auch für unsere Doktrin auszunützen verstand, ohne daß ihn doch eben dieselbe, sonst das praktische Recht fanatisch ausschließende Doktrin der historischen Schule und ihre Clique noch zu packen, daran so zu hindern wußte, wie sie einen Praktiker gehindert haben würde. Freilich aber mußte Windscheid dabei zugleich äußerlich, um dies ungeniert thun zu können, die Personen und Träger der Praxis, deren Arbeit und Präjudiz er ausnützt und denen er allein seinen eigentlichen Erfolg verdankt (denn die Ausbeutung des römischen Rechts und seiner mehr als tausendjährigen Verarbeitung besorgten ja andere Pandektisten mindestens ebensogut), fortwährend desavouieren, sie opfern und auch: persönlich verunehren: So allein konnte Windscheid wenigstens den Fanatismus der alten Schule abfinden und täuschen! Sachlich aber bewirkte er dies nur dadurch, daß seine Uebergangsjurisprudenz das Präjudiz der Praxis blos thatsächlich adoptierte, im theoretischen Prinzipe aber noch der, der Praxis feindlichen, historischen Schule huldigen zu können — vermeinte oder doch — erklärte!

Windscheid hat so vor allem unzweifelhaft der Sache des praktischen Civilrechts innerhalb unserer Doktrin thatsächlich den folgenden großen, dankenswerthen Dienst geleistet: Er hat durch sein systematisches Sammelwerk der „Pandekten" die, bisher in unserer Doktrin allein herrschende historische Schule innerhalb der Casuistik des Dogma thatsächlich geradezu entthront! — Wie? Wir antworten: Einfach dadurch schon, daß er das, vom Rechte der gesammten Vergangenheit der historischen Schule im Principe diametral abweichende Präjudiz — dieses

Digitized by Google

lebende, nicht vergangene, sich bewegende und fortbildende Recht, welches ebendeshalb einen principiellen Gegensatz zum stabileren Recht der gesammten Vergangenheit der historischen Schule bildet, und welches Savigny selbst so, völlig consequent principiell ausschließen mußte — nach dem direkten Vorbilde der Pandekten des „Praktikers" J. A. Seuffert — zuerst wieder in geachtete Pandekten einer Doktrin aufnahm. Durch nichts weiter! War diese Aufnahme in solche Pandekten unserer Doktrin erfolgt, dann allein schon hätte Windscheid im Grunde nicht nothwendig gehabt, noch viel weiteres zu thun. Damit besorgt sich alles andere von selbst. Damit allein schon nämlich negiert, entthront er das Programm der historischen Rechtsschule, das abweichende Recht der gesammten Vergangenheit in Savigny's Zeitschrift, System, oder das reine römische ꝛc. Recht thatsächlich in der Casuistik wenigstens. Damit erst werden zwar nur ganz die nämlichen Präjudizien, welche Seufferts Pandekten und Archiv seit Jahrzehnten bereits enthalten, ihre streng positiven Gründe, die Resultate der Rechtsquellen durch wissenschaftliche Pandekten auch der Doktrin unserer historischen Schule wieder bekannt gemacht, aber: si duo faciunt idem, non est idem! J. A. Seuffert nämlich war ausgesprochener Praktiker, er wurde also „tendenzgemäß" von der damals am Zenit stehenden historischen Schule nicht gelesen und mißachtet. Windscheid aber „sagte" wenigstens, er sei Anhänger der historischen Schule: Damit wurde in seinen Pandekten nun auf einmal das nämliche Präjudiz allseitig gelesen und angestaunt, welches man zuvor ausschloß! — — Und in dem Momente, in welchem dies praktische Präjudiz auch nur „beachtet" wurde, obsiegt es nothwendig durch seine Gründe im einzelnen Falle. In dem Momente nämlich, in welchem die, zuvor dies Präjudiz niemals lesenden Doktrinäre der historischen Schule gedrängt die zwingenden Gründe dieses Präjudizes nur einmal selbst kennen lernten, und zudem dessen Einfluß auf die öffentliche Uebung und Meinung wahrnahmen, in diesem Momente ersahen und lernten zweifellos auch diese unsere historischen Doktrinäre thatsächlich die Nothwendigkeit, für ganz neue Verhältnisse wie an der Stelle von offenbaren Antiquitäten des Rechts der „Vergangenheit" der historischen Schule, dieses zum Theil geschichtliche und positive „andere" Recht einer positiv lebenden „Gegenwart" nach den streng positiven Regeln der Rechtsquellen anzuwenden! Denn Savigny hatte ja diese Tagesfragen nur einfach umgangen! Und damit ist für dieses unentbehrliche, mit den positiven „Bewegungen des Lebens des geschichtlichen Rechts" fortschreitende praktiische Recht und Präjudiz auch in der öffentlichen Meinung der thatsächliche Sieg gesichert. Um die eigentlich treibenden, der historischen Schule conträren Prinzipien dieses praktischen, lebenden Rechts aber, ob eine historische Schule jetzt auch dies Präjudiz in der That billigen kann, welches sie selbst zuvor consequent ausschloß, darum kümmerte sich von da an jetzt eine Zeit lang weder die öffentliche Meinung, noch von jeher die Praxis selbst, noch auch waren die Anhänger der alternden historischen Doktrin und Clique nach Hugo's und Savigny's Tode, so sehr sie dazu saure Miene machten, noch jetzt geneigt, diese anderen Principien der positiv lebenden Gegenwart zu urgieren und zu bekämpfen. Sie beschränkten sich zumeist jetzt darauf, die Principien zu: vertuschen! — So vollzog sich wenigstens der thatsächliche Sieg des Präjudizes der Praxis in unserer Doktrin — freilich noch nicht ein theoretischer Sieg des Principes über die Casuistik hinaus: Dieses Princip eben wurde sorgfältig versteckt oder ostensiv verkehrt! — Natürlich brachte dieser thatsächliche Sieg des praktischen Rechts nicht blos diesem, sondern auch umgekehrt den Pandekten Windscheid's ungemeinen, wohl fast alleinigen Vorschub und Nutzen: Ihm wurde jetzt mit einem Male alles: erstens unsere Doktrin, zweitens unsere Praxis und drittens die Jugend unserer Universitäten zugleich tributpflichtig! — 1. Vor allem die, doch historische Doktrin unserer Universitäten! Auch sie sah hier, nach der einhalbhundertjährigen, das Präjudiz ausschließenden Herrschaft der historischen Schule, wie gesagt, zum ersten Male wieder an der Stelle der leeren Phrase Geschichte ein wahres, wirklich geschichtliches Recht und positive Gründe vor sich: eine Anwendung aller positiven Rechtsquellen: neben ihrer vermeintlich römischen Gesetzgebung, u. a.! — Ihr erschien ferner diese faktische Ausnützung der Arbeiten unserer Praxis auch als alleinige eigenste Verdienst Windscheid's! Denn diese ältere historische

Digitized by Google

Anschauungsweise hält ja ohnehin bekanntlich von jeher alles Recht als unwillkürlich und von selbst bereits „gegeben“: Gleich etwa dem fertigen, unveränderlichen Stoffe und Metalle, welches man nur auszugraben braucht, ohne zu erkennen, wie im Rechte materielle thatsächliche Verhältnisse und Ueberzeugungen und selbst auch das materielle Erkennen und Begreifen des Wachsens, sowie der technische Begriff des Rechts sich bewegen, fortschreiten muß (§ 2 II a), und daß auch dies Darstellen erst ein Produkt schweren Ringens, zum Theil des „Kampfes ums Recht“ und rastlos schaffender Arbeit ist. — Eine solche materielle Construktion namentlich (§ 1 Ziff. 9 II, § 4 B a) erschien der älteren historischen Schule der Romanisten unbekannt. Ihr erscheint so ein Recht geradezu im Erfolge erst dann wissenschaftlich „gegeben“, wenn ein Professor der historischen Schule dies Recht in seinem formalen „System“ unterzubringen weiß. Denn, wenn das Recht, in der gesammten Vergangenheit stillstehend, gegeben ist, so bedarf es ja nur einer Aufnahme und Einreihung in das System! Die einzige juristische Thätigkeit eines Juristen erschien somit dieser historischen Doktrin das Abschreiben und diese formale Einfügung des Rechts; dies Recht alles ist ihr alsdann geschichtlich „gegeben“, sobald es unter einem technischen Begriffe in dem Systeme eines Professors steht, welcher von sich sagt, daß er Historiker sei! Und das that Windscheid! Sie ahnte so hier nicht die Summe von Arbeiten, welche dem Praktiker zuvor das Abstrahieren des Rechts aus dessen alltäglichem Leben an der Hand der positiven Rechtsquellen kostet! Das Finden des besonderen Rechts, die Beobachtung der thatsächlich anderen Uebungen und Ueberzeugungen des Lebens, anderer, als die römische Ueberlieferung selbst im Detail zeigt, dann die Beachtung ihres Fortschreitens und sich Veränderns, dann das juristische Wägen an den Quellen, das, wenn auch nur nothdürftigste, materielle wie formelle Construieren der Casuistik, die nähere Erforschung, ob und wieweit dies Recht als die Consequenz moderner Gesetze, lebender Gewohnheiten ꝛc. begründet ist; sein Verhältnis zum Systeme, das Aufsuchen der Kriterien, durch welche sich dieses neue praktisch lebende Recht von der Art des § 2 I 2 von den übrigen überlieferten Instituten unterscheidet, der Begriff ꝛc. ꝛc. Diese Thätigkeit gleicht ja etwa der Mühe des Arztes, der eine neue Krankheitserscheinung entdeckt! — — Diese neuen Erscheinungen aber des praktischen Rechts erschienen der historischen Doktrin alle schon: „gegeben“! — — Man braucht ja, um sich von einer materiellen Construktion einen Begriff zu machen, nur an die Darstellung der drei, von uns fortwährend angezogenen Beispiele zu denken: an das Schmerzengeld, in dessen Wesen jetzt erst nach Jahrzehnten Einigung erzielt ist; an das Lehenrecht, dies Besitzrecht des Detentor, des Pächters, Retentionsberechtigten, Gemeindeberechtigten ꝛc. ꝛc. Das römische Recht gewährt keine Spur einer dinglichen Klage des Detentors. In Deutschland aber beruht von jeher, seit dem tiefsten Mittelalter, ein beträchtlicher Theil des gesammten Grundbesitzes nur auf diesem Besitz (§ 4 A). Wie schwierig trotzdem dem gesammten Mittelalter die empirische Construktion gerade dieses selbst gesetzlich lebenden Besitzrechtes — dieses accessorischen dinglichen Rechts, eine fremde Sache zum Zweck und auf die Dauer einer rechtlich gestatteten causa der Lehensnutzung, der Pfründe ꝛc. innezuhaben — selbst in diesem doch wichtigsten Besitzrechte des Mittelalters war: Dafür bietet eben die bereits berührte Thatsache einen Beleg, daß für dieses, für das Mittelalter hochwichtige „Besitzrecht“ des Lehensvasallen bis auf den heutigen Tag von unserer romanisierenden historischen Doktrin noch nicht der juristische Begriff gefunden und dasselbe auch nicht materiell construiert ward! Aehnlich fand man durch das ganze Mittelalter bis in unser Jahrhundert nicht, daß die zahllosen Genossenschaften seit dem Mittelalter, solange ihnen nicht juristische Persönlichkeit verliehen ist, selbst vertragsmäßig ein ganz anderes, von der römischen societas verschiedenes Institut einer societas waren, so, wie beide jetzt mit dem Verf. das Reichsgericht definierte ꝛc. ꝛc. — — Diese ganze mühsame Gedankenarbeit der Praxis also in den Fällen des § 2 I 2 nimmt jetzt Windscheid, soweit er mag, ohne Mühe, spielend in seine Pandekten auf. Er hat dabei nichts zu thun, als zu sammeln; als dies moderne Recht, dessen Construktion im Einzelnen zuvor bereits vielleicht im Präjudiz wenigstens versucht ist, möglichst vorsichtig und bequem, ohne daß er sich dabei auch nur selbst zu compromittieren braucht, referierend in sein Pan-

Digitized by Google

dektensystem formal einzuverleiben, es möglicherweise achselzuckend auch etwa zu tadeln, ohne daß er es besser construieren muß, ja ohne auch nur einmal seine eigene Meinung zu sagen! Um das endgiltig entscheidende Grundprincip dieses Rechts kümmerte sich Windscheid ohnehin nicht; hier blieb er ja: bei der „alten" Schule. Er verblieb ja so auch noch nach der Reception des Präjudizes der Mann mit dem Kopfe der zum Theil todten „Vergangenheit" und dem Körper der lebenden Gegenwart! So erschien unserer historischen Doktrin vielleicht das mühevolle materielle Forschen von Tausenden von Urtheilen unserer „Praxis" als das alleinige, bedeutungsvolle Werk eines: Windscheid allein!! — 2. Aber auch zweitens der Praxis der Gegenwart selbst ward so Windscheid jetzt zufällig unentbehrlich; auch deren Dank erntete er nothwendig —: durch ihre Plünderung! — Fragen wir doch, warum der Praktiker sich Windscheids Pandekten kauft; dann lautete die Antwort eines Praktikers nicht etwa: weil Windscheid das Recht findet, sondern: „weil man in dessen Pandekten etwas findet". Was aber findet denn der Praktiker in ihnen? Die eigene Arbeit — etwa eines Windscheid? Die „actio des römischen Civilrechts" und seine „Abwehr gegen Muther"? Seine von Lenel bestrittene „Voraussetzung"? 2c. Auch diese eigenen Leistungen würden den Praktiker kaum so sehr beilocken! — Aber die Praxis findet und kauft in Windscheid's Pandekten, systematisch gesammelt und bequem vereint: ihre eigenen Arbeiten: eine, bis in die Neuzeit trefflich fortgesetzte Präjudizien sammlung — und die Resultate der neuesten Doktrin vereint! — Die Pandekten nämlich des Praktikers J. A. Seuffert, welcher früher die Praxis allein beherrschten, wurden nach dessen Tode nicht mehr so häufig durch die neuen Präjudizien ergänzt; sie mußten so zeitweise und zum Theil veralten; es fehlten ihnen mehr und mehr die neuesten Entscheidungen der Praxis und die Fortschritte der Theorie! So ward Windscheid manches Jahrzehnt hindurch fast der einzige Jurist, welcher auch für unsere Praxis in trefflicher Weise sofort immer die neuesten Präjudizien der Praxis und die neueste Litteratur der Doktrin zugleich sammelte und so das Leben des Rechts fixierte. Die Sammlung ist als Sammlung meisterhaft: Windscheid ist zweifellose ein „guter Sammler", auch ohne daß er sagt, wem er das Gesammelte verdankt! Und auch die Praktiker somit kauften jetzt schaarenweise Windscheid's Pandekten. — 3. Endlich gar drittens die Schüler auf den Universitäten! Gewiß zieht ja auch diese das bloße Referieren schon eines „lebenden" Rechts weit mehr an, als die Pandektenvorlesungen einer älteren historischen Schule eines Rudorff und Anderer, welche antike Plebiscita, Senatusconsulta, vorjustinianische Fragmente eines Gajus 2c., den Inhalt von Palimpfesten und Lacunen in heutige Pandekten ergossen und ganz wie ein geltendes Recht — lehrten und examinierten! Denn auch der gesunde Menschenverstand und Adlerblick der Jugend fühlt ja doch heraus, daß ohne Beachtung des gegebenen, durch positive Rechtsquellen geregelten Lebens sich „Gesetz und Recht wie eine ew'ge Krankheit forterben müssen", wie sonst Vernunft Unsinn, Wohlthat Plage werden kann: Auch er haßt, was da staubig, und glaubt nur an das Frische! Dieser Schüler nun überdies aber, welcher ehedem beim Eintritte in die Praxis die übergelehrt historischen Lehrbücher des reinen römischen Rechts der Schule Savigny's vielleicht für immer zurück- und ablegte, er brachte jetzt die Pandekten Windscheid's, seine Präjudizien sammlung gleich auch nach Hause in die Amtsstube der Praxis mit. So sind im allgemeinen die Worte des Holländers Drucker (nieuwe Bydragen 1881 S. 365) sehr wahr und treffend, welcher sagt: die Pandekten Windscheid's seien das »vraagbaak der Duitsche practyk« geworden! — So brachte also die Ausnützung, das Abschreiben fremder Gedankenarbeit unserer Praxis, mit welcher er nur nach dem Vorbilde Seufferts seine Pandekten zu spicken brauchte, einem Windscheid hohe äußere Anerkennung, reichen pecuniären Gewinn, den Ruf in eine Gesetzgebungscommission, welche vielleicht sein Vorgänger, der schöpferische Wächter, zu beleben im Stande gewesen wäre 2c. 2c. — — ohne daß er doch das nämliche Recht materiell auch selbst fand und zu finden wußte, welches er lehrte, ja: ohne sich auch nur principiell mit demselben einverstanden erklären zu müssen!! — —

Und was that anderseits aber Windscheid, um sich dafür doch der Praxis gegenüber auch dankbar zu erweisen, deren Gedankenarbeit und Resultaten er so

Digitized by Google

doch seine großen Erfolge fast allein verdankte? Wohlberechnend sah er voraus, wie er sich damit die beißenden Angriffe der Clique der älteren historischen Schule selbst auf den Hals laden könnte, indem er doch letztere Schule so ungeniert thatsächlich entthronte! Mit einem unglaublichen Doppelspiele nun täuscht er auch diese Clique, wie einen Theil der historisch-romantischen Doktrin selbst über diese thatsächliche Entthronung hinweg! Indem er nämlich die Resultate der, von ihm ausgenützten Praxis im einzelnen Präjudize thatsächlich billigt, desavouiert er, statt ihr zu danken, gleichzeitig im Principe und theoretisch dieselbe Praxis vor Doktrin und Oeffentlichkeit vollständig! — Dadurch freilich schadete er wieder der Doktrin und Praxis zugleich! — Er raubt der Doktrin das ehrliche innere Verständnis des Werdens des Rechtes, das einsichtsvolle inductive Selbstbegreifen, warum ein lebendes Recht, wie das unserer Praxis, auch wirklich aus Rechtsgründen, zufolge der positiven Rechtsquellen von dem Rechte einer „Vergangenheit" einer historischen Schule nothgedrungen abweichen muß; er verhindert so, daß auch unserer Doktrin mit unsrer Praxis eine einheitliche Seele, ein Begreifen dieses Lebens des Rechts und ein Selbstfinden in seinen einzelnen Funktionen eingehaucht werde, um aus eigener Wahl und Ueberzeugung dies lebende Recht empirisch gleich wahr finden zu können, wie unser praktisches Recht! Der Praxis aber raubt er umgekehrt die, ihr gebührende Achtung für ihr principiell allein correktes Handeln und für die Mühen des alleinigen Schaffens und Findens dieses ihres Rechts! — — Windscheid geriert sich so, — obgleich er doch im Grunde so der schlimmste thatsächliche Gegner der historischen Schule ist, obgleich er dieser Schule doch ihre Basis des Rechts einer gesammten Vergangenheit unter den Füßen wegzieht und sie so stürzt, — trotzdem demonstrativ als strammen Parteigänger umgekehrt der historischen Schule! Er geriert sich auch direkt als Feind der Praxis, welche er thatsächlich zum Siege führt! Der Augenschein zeigt folgendes: — In Nord und Süd von Paul Lindau (Bd. IV 1878 S. 47) erklärt derselbe Windscheid, welcher die historische Schule faktisch entthront, ja wörtlich: „Ich denke, wir wollen historische Juristen bleiben!! Wir wollen die „Fahne" (wie trefflich!), welche unser Meister entfaltet hat, hoch halten; und wenn wir dereinst abscheiden, so soll es unser „Ruhm und unser Stolz" sein, daß durch uns ihre Ehren nicht gemindert worden sind": Er also entwickelt auch noch äußerlich die Fahne des rechtgläubigen Propheten gegen unsere Praxis! — — Die Folge dieses Doppelspiels? Während Windscheid so höchtönend als freiwilliger Fähndrich der Schule erklärt, daß er die Fahne eben jenes Rechts der gesammten „Vergangenheit" hoch halte, welche sich doch durch ihn zu seinen Füßen — vielleicht für immer — thatsächlich senkt, glaubt schon ein vielleicht nicht geringerer Theil der historischen Doktrin selbst den „Worten"; sie glaubt (ähnlich dem Manne, welcher einen Schlag mit der festen Versicherung erhält, daß man ihn ja nicht beleidigen wolle) in Windscheid's praktischem Recht ein Recht der „historischen Schule" zu finden! — — Windscheid aber hält sich so kluger Weise nur die, zum Theil blinde, ohne eigenes Denken nur auf Commando eines Leiters kläffende Meute der früheren Clique der historischen Schule vom Leibe! Und das ist die Hauptsache! Er wirft ihr so den leeren, werthlosen Brocken, die Phrase hin: „wir wollen historische Juristen bleiben"; mit diesem Brocken allein schon stopft er ihr den Mund; er speist sie vollständig ab: der die historische Schule begleitende und durch sie sich nährende Tendenzbär nagt noch jetzt an diesem leeren Knochen, während sein Meister thatsächlich enttrohnt ist! Um aber den äußeren täuschenden Eindruck der eigenen vollen Angehörigkeit und Hingebung an die historische Schule zu vervollständigen, um zu zeigen, wie er doch so sehr ein Feind der Praxis ist, die er so thatsächlich zum Siege führt, gibt der Herr Professor als höherer Historiker der Praxis, von Zeit zu Zeit der Person eines beliebigen, noch so verdienten armen Erdenbewohners oder Praktikers, gerade dem, dessen Denkresultate er soeben ausbeutet, dafür aus seinem Begriffshimmel öffentlich und zum Danke für diese Ausnützung auch einmal einen Fußtritt, auch wenn er das „Wesen" des praktischen, von ihm bekämpften Rechts nicht versteht. Denn die Praxis darf ja doch auch nicht vergessen, daß sie ein Paria und nicht „höhere, himmlische, historisch-romanische" Doktrin, daß sie geborne Arbeitsbiene, nicht Drohne: daß sie das melkende

Digitized by Google

Thier des Doktrinärs sein soll. Persönlich also verunehrt so gewissermaßen ein Windscheid vollends die Person desjenigen Praktikers, deren Präjudiz er ausbeutet, desjenigen, welcher sich unterfängt, die inneren principiellen Unwahrheiten und Schädigungen des leitenden Principes der historischen Schule, völlig der Sache und dem Bedürfnisse des gegebenen positiven Lebens getreu, zu schildern und — damit freilich indirekt nothwendig die Verdienste Windscheid's selbst zu entlarven! —

Einen Beleg? Leider wieder der einzige bedaurungswerthe Praktiker, welcher bisher die Berechtigung der Wahrheiten unseres lebenden und praktischen Rechts auch *principiell* nachzuweisen versucht und überdies ein offenes Farbebekennen, eine offenere Anerkennung des praktischen Rechts und zugleich der Verdienste der Praxis um die Spiegelung unseres lebenden Rechts versuchte, war der Verf.! Die Leistungen eines Praktikers müssen aber bisher für einen Anhänger der historischen Schule ja, wie gezeigt, solange „unbedeutend" sein, *bis* dieser sie als die seinigen in sein Lehrbuch aufnimmt. Nur ein solcher Praktiker also ist auch der, an sich schon ganz unmaßgebliche, nur durch Gründe der Praxis wirkende Verfasser. — Wie erging es nun dem? Auch selbst dieser war jetzt nicht unbedeutend genug, als daß sich nicht auch *gegen* ihn der jetzige freiwillige „Fähndrich der historischen Schule", Windscheid, mit deren „Fahne" wendete. — — Allerdings nicht von Anfang an! Im Gegentheil! Anfänglich glaubte ja der Verf. in seinem „Schmerzengelde" selbst noch fromm und rechtgläubig an die gute Milch der Denkungsart, welche man ihm auf der Universität gelehrt! Daran: daß ein lebendes geltendes Recht ganz ohne schaffendes Naturrecht, vollständig fertig auf dem Boden einer gesammten geschichtlichen „Vergangenheit": für die Lehre wie Praxis ohne jedes weiteres Leben herausspringe, parat gegeben sei! Und sein Erstlingswerk über das Schmerzengeld gibt davon Zeugnis; er stand mit ihm ja selbst noch auf diesem rechtgläubigen Boden des Rechts einer „Vergangenheit": einer Strafklage (Einleitung 1). Nur die bösen, bedeutendsten Juristen unserer Doktrin, ein Wächter, Ihering, später darunter Windscheid selbst! lockten ihn; sie selbst trieben dies Schmerzengeld auf den ketzerischen Boden eines praktischen Rechts: eines „anderen" Rechtes der „Gegenwart": einer Ersatzklage hinüber (cf. Einleitung Ziff. 1 oben S. 12 u. 9). Diese historische Erstlingsschrift nun also des Verf. überschüttete ebendeshalb noch Windscheid in seiner 2. Pandektenauflage (§ 455 Note 29—33), obwohl er im Schmerzengeld speciell selbst sofort von diesem historischen Boden abfiel, mit, wohl unverdienter Auszeichnung. Nicht blos aber dies. Sondern er erkannte damals auch noch selbst eine kleinere andere Arbeit des Verf. (ebenda § 472 Note 5), als ob auch selbst ein Praktiker denken könne, unter völlig ebendürtiger „Allegierung" des Namens des, solcher Höhe doch unwürdigen „Praktikers", als berechtigt an. Diese nämlich wies seines Wissens damals zuerst nach, daß eine, nicht prätorische Injurienklage aus der Lex Cornelia wegen schmerzhafter Körperverletzung nicht unter die, zuvor generell festgehaltene einjährige Verjährung der prätorischen Injurienklage fallen könne, sondern unter eine 30jährige. — Inzwischen hatten aber weitere eingehendere Studien über die Methode nicht blos des Schmerzengeldes, wie in der Einleitung erwähnt, den Verf. zu seinem „praktischen Bedürfnisse der Rechtsreform *gegenüber* der historischen Schule" von 1865 geführt und genöthigt: zu einem ersten principiellen *Bruche* mit diesem Rechte der gesammten „Vergangenheit" dieser Schule, wie ja unsere ersten Juristen, Windscheid selbst, im Schmerzengelde speciell wenigstens mit dieser Schule gleichfalls brachen! Brachen, ungeniert durch die Consequenz! Nach längerer Zeit nun erst gelangte der neue Versuch des Verf. zur Kenntnis Windscheid's. Kaum war dies der Fall: mit den späteren Pandektenauflagen des berühmten Pandektisten, änderte sich laut Augenscheins jetzt plötzlich die ganze Scenerie. Einmal in § 455 seiner Pandekten änderte jetzt Windscheid sofort seine Anschauung über das Schmerzengeld. Merkwürdiger Weise: der Historiker Windscheid adoptierte hier jetzt gleichfalls nicht mehr das Recht der historischen „Vergangenheit" des Verf. nach der Basis der historischen Schule: die Strafklage: sondern umgekehrt, selbst, wie gesagt, den Grundsätzen der historischen Schule entgegen, das ketzerische lebende Recht der „Gegenwart" und „Praxis": eine Ersatzklage! Zweitens in § 472 Note 5 befreite er jetzt die, wohl hier zuerst vertretene, 30jährige Verjährung der nicht prätorischen

Digitized by Google

Injurienklage beispielsweise vollständig von dem Namen ihres ketzerischen Urhebers: des Verf.: er confiscierte nebenbei damit das litterarische Eigenthum einfach — natürlich für sich selbst, zu seinem Gunsten als seine Entdeckung. — Drittens, die, aus der eigenen späteren Anschauung Windscheid's über das Schmerzengeld von selbst folgende Consequenz vollends, des Verfassers neuerschienenes „praktisches Bedürfnis der Rechtsreform gegenüber der historischen Schule" von 1865, dieser objektive Spiegel der Praxis, welcher nur auch die eigene Sinnesänderung Windscheid's im Schmerzengelde im Principe rechtfertigte, konnte, Pand. § 9 Note 4, jetzt auf einmal (monarchisch gesprochen) auf Beachtung keinen Anspruch „machen". — In ähnlicher Weise wehte aber die Wetter-„Fahne" des Propheten in der Hand des „berühmten" Pandektisten auch später flott im Winde fort. Ein streng quellengemäß historisches Werk des Verf. war erschienen: „Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio von 1884". Auf Seite XV der Einleitung hatte der Verf., wie auch hier wieder in diesem Paragraphen unter Ziffer II C, über die, seit der Panik unseres Jahrhunderts eingetretene Apathie unserer Praxis geklagt. Wie diese selbst (zudem neuerdings verleitet von Windscheid) einem Princip, einer „Theorie" überhaupt unseres praktischen Rechts, nicht hold sei — und nichts wolle, als ihr casuistisches Präjudiz, kein Princip: ein now-nothing! — Rasch dreht dies Windscheid § 9 Note 4 der 6. Aufl. geradezu unglaublich dahin um, als ob des „Verfassers Art", das Recht der Gegenwart zu finden, überhaupt ohne Beachtung geblieben sei; während der Verf. ja doch bekanntlich nur empirisch induktiv das „eigene Thun" der Praxis schilderte und aus deren Präjudiz nur die concludent geübten Principien der Praxis selbst abstrahierte!! — Die Krone setzte aber diesem Schauckel-Spiele Windscheid alsdann, wie folgt, auf. Bezüglich der Musterlehre der historischen Schule vom Besitz mußte endlich — in seiner 6. Pandektenauflage erst, nach langem Sträuben, — (§ 162a S. 545) — überwältigt von der allseitigen Anerkennung in der Praxis des Reichsgerichts, der übrigen Praxis und selbst der Doktrin — auch Windscheid wider Willen zugeben, daß das ketzerische i. e. praktische und altehrwürdige, im Leben gegebene, vom Verf. seit 1865 zuerst im gemeinen Recht wieder theoretisch an's Tageslicht gezogene Besitzrecht des Detentor vor dieser Praxis (oben § 2 IV II) wie in unserer neuesten Doktrin selbst immer mehr an Boden, oder, wie Windscheid sagt, „Neigung", gewinne. Warum denn auch nicht? Sollte das doppelt: einmal in der Gesetzgebung des Lehens-, canonischen und Reichsrechts bestätigte, und zweitens als Gewohnheitsrecht bestehende Detentionsrecht „eine theoretische Rechtfertigung nicht darbieten"? Der historischen Tendenz zu Lieb sollte selbst „ein Gesetz und Gewohnheitsrecht", sobald es nur ein Praktiker nachweist, theoretisch kein Recht mehr sein? — — Was thut nun Windscheid? — — Hier verschweigt derselbe in der Note 7b des § 162a vollständig, daß gerade der Verf. es war, welcher in seinen, Windscheid großentheils persönlich zugeschickten Schriften von 1865, 1873, 1880 und 1884 allegiert S. 226 oben § 2 IV II erste Note *), und zwar zuerst, dies von Savigny selbst aus der Praxis vertriebene praktische Recht wieder gefunden und selbstständig begründet. Er entzieht also hier dem Praktiker wieder das litterarische Eigenthum: (So daß der Verf. gar nicht einmal mehr weiß, wer der Schriftstehler dieses Besitzrechtes ist.) Dieses schreibt jener aber jetzt zur Abwechslung einem seiner hochachtungswerthesten Berufsgenossen, welche bisher allerdings den Praktiker auch nicht allegieren durften, dem seeligen Bruns zu, dessen Ehrlichkeit gegen das ihm zugemuthete Plagiat wohl sich noch im Grabe umdrehen würde, und welchen Verf. selbst laut vorliegender Briefe wiederholt erst drängen mußte, sich erst 1874 an der Rettung dieses praktisch werthvollen (§ 4 A), seit 1865 und 1873 vom Verf. schon angeregten Besitzrechtes gleichfalls zu betheiligen! Die Schriften des Verf. selbst endlich, welche eben dies generelle Detentionsrecht, — wie er ja zur Wahrung seiner Rechte betonen mußte, — zuerst im gemeinen Rechte wieder begründeten, allegiert Windscheid nun zwar, aber — an einem ganz anderen, entfernten Orte (S. 478 Note * zu § 148); — und auch dies noch: mit der bissigen Bemerkung, daß diese von unseren besten Juristen getheilte Ansichten — auf Seite des Praktikers allein? „seltsame" Ansichten seien. — Der Verf. stellt die Frage: was ist dieses Vorgehen einer solchen Kampfesweise gegen einen einzelnen rein achlichen Versuch, unser lebendes und praktisches Recht auf seine Principien wie

Digitized by Google

auf seine letzten, möglichen Consequenzen zurückzuführen, welcher im Einzelnen die Anerkennung des deutschen Reichsgerichts und der gesammten Praxis, ja eines größeren Theils der Doktrin selbst errungen hat? Welches Princip liegt in ihr? Man sieht, der Ketzer gegen die historische Schule, der Praktiker, mußte verbrannt werden, damit das eigene Schwanken Windscheid's nicht entlarvt, damit des „Ketzers litterarisches Eigenthum confisciert" und zur noblen Ehre Windscheid's und einer von ihm frei ausgewählten Clique von Tischgenossen als deren Eigenthum erst werthvoll und verwerthet werde. Hat sich so, frei nach Schiller, dies Laster (der Praxis) erbrochen, so setzt sich die „Tugend" Windscheid's tafelnd zu Tisch. Sie speist jetzt nicht blos selbst das Zurückgebliebene, sondern sie ladet ja auch noch, wie liberal! andere, selbst todte Zunftgenossen zu Gast! Diese allein können ihm keinen Absagebrief schreiben! — — Fructificierte so nicht Windscheid — innerhalb der, nach Ueberzeugung ringenden entgegengesetzten Richtungen des Rechts: der Praxis und einer extremen Doktrin des Rechts der Vergangenheit der historischen Schule — ganz ungeniert die Rolle des Schlauen, etwa in Zola's Werkstätte der Kunst? Eine, gleichviel ob berechtigte Malweise sucht bei letzterem der Wirklichkeit neue Seiten abzugewinnen: das sog. plein air, der Impressionismus. Dem Erfinder Milet (hier der Praxis) lauscht der Schlaue diese Malweise ab; er kleidet nur die fertigen Produkte in hergebrachte, den alten Akademikern mehr gewohnte Formen und vermeidet principiell jede Anstoß erregende Nudität einer nackten Wirklichkeit und: des Principes. Der mit fremden Federn so Geschmückte wird so — im Salon jetzt allein zunftfähig — der Löwe des Tages, mit Ehren und reichem Einkommen überhäuft, während die Eigenthümerin dieser Federn, hier die Praxis, in der Achtung vollständig erliegt und zu Grunde geht! — — Dies Spiel nun mußte dauern, solange, bis die öffentliche Meinung, endlich an die neue Malweise gewöhnt, selbst die letzten Consequenzen zieht und urtheilt, und bis dereinst alsdann die Werke der, eine Zeit lang in der Litteratur untergegangenen Urheberin „Praxis" jene realistischen Erfolge erzielen werden, welche im Jahre 1891 in Frankreich etwa Milet's Angelus aufweist, gleichviel, ob die Ausführung auch dieser Malweise, des plein air, durchgängig so berechtigt ist, wie die Wirklichkeit des Rechts.

Dies der kleine Krieg, dies der Erfolg des Widerspruches: in einem Bilde, wie in unserer neuesten *Uebergangsdoktrin* überhaupt zwar *thatsächlich* das Präjudiz herrschend geworden, *theoretisch* aber wohl, infolge des Einflusses der Clique, sowie infolge einer fortdauernden Panik umgekehrt, allerdings noch heute die „Fahne" des, dieses nämliche Präjudiz in seinen Grundlagen wie Consequenzen negierenden, Rechts der gesammten Vergangenheit einer historisch-romantischen doktrinären Schule mit äußeren Mitteln dominieren will: Statt daß man offen und ehrlich die Nothwendigkeit der Identität einer Lehre mit einem lebenden und praktischen Rechte eben *auch im Schul-Principe* anerkennt. So zeigt sich das Beginnen des Uebergangsjuristen Windscheid insbesondere gegen die Person der Praktiker gewiß noch weit schlimmer, fanatischer, als das noch ehrlichere und consequentere Ausschließen und Todtschweigen der älteren historischen Schule: Ein Windscheid entstellt geradezu, erklärt so den geistigen Inhalt des Praktikers für vogelfrei, zehrt ihn bei lebendigem Leibe auf, nährt seinen eigenen Körper aber trotzdem selbst fast ausschließlich mit diesem doch angeblich so unbedeutendem Marke, dem Denken der Praktiker, ganz ausgezeichnet. So aber weiß am Ende ja diese, geistig gleichfalls und noch weit mehr als Windscheid selbst materiell producierende Praxis kaum, ob sie noch in einem civilisierten Lande weilt, in welchem Achtung vor einem Rechte besteht, oder aber am Ende bei einem, das Mark von Menschen ungeniert verzehrenden Stamme Afrika's!!

Damit dürfte aber ein hinreichender Beweis aus unserer jüngsten Zeit*geschichte* geliefert sein: Wie, zum Theil auch die Uebergangsjurisprudenz unserer historischen Schule noch, nicht nur ein, allein positiv lebendes und brauchbares, praktisches, nationales Recht *nicht* selbst produciert: so, wie ein solches das Vorbild des klassischen Rom, des Fürsten Bismarck, das Testament eines Ihering gebietet. Sondern wie sie noch immer bis zum letzten Athemzuge ihres Daseins fanatisch auch überdies das selbstloseste, opferwilligste, lebenswahrste Streben einer

Digitized by Google

Praxis und praktischen Wissenschaft hindert, ein solches Recht in seinen klarsten Grundprincipien darzustellen, diese Gründe in der, noch von dieser romantischen Schule bis jetzt beherrschten rein wissenschaftlichen Litteratur zu veröffentlichen, sie auch unserer Oeffentlichkeit, Theorie und Doktrin selbst zugänglich zu machen und wie dieselbe so Theorie wie Praxis schädigt, solange sie nicht eine bessere Schule kennt! — Es ist das noch immer die Folge unseres deutschen, in unserer Doktrin seit der Glosse endemischen morbus aprioristicus! —

Damit aber schließen wir vorläufig diesen Versuch einer Skizze der, gewiß der Lauge noch immer bedürftigen Zeitgeschichte der Wissenschaft unseres lebenden und praktischen Civilrechts in Praxis und Theorie, welche bestimmt wie vielleicht unentbehrlich sein dürfte, um die heutige Rechtsentwicklung endlich dem Verständnisse ihres positiven Lebens und seinen Anwendungen näher zu bringen!

## § 4. Werth eines praktischen Rechts und seiner Schule für das reale Leben. Gegenströmungen innerhalb der Praxis selbst.

Vorbemerkungen. Werth des praktischen Rechts im Allgemeinen. — Den abstrakten Werth eines praktischen Schulprincipes haben wir schon oben in § 1 Ziff. 7 und sonstig besprochen; er ist ein grundsätzliches sich Bewußtwerden über den rechten Weg zu einem verantwortungsvollen Handeln: zu einem Rechtsprechen und Rechtdarstellen. Ohne ein solches Bewußtsein kann auch das beste Recht werthlos scheinen, wie beispielsweise dereinst selbst das klassische römische Recht unseren Rom erobernden Ahnen noch werthlos schien, weil ihnen das „Begreifen" dieses Rechts fehlte (§ 2, II S. 196—206); oder ähnlich etwa, wie ja auch die Wohlthat einer werthvollen realen Naturkraft und Güterquelle, einer Elektricität ꝛc. ꝛc. einem, empirisch noch unwissenschaftlichen Volke verborgen bleibt! — — Nun aber von dem unmittelbar praktischen Werthe einer praktischen Schule für das Rechtsleben eines Volkes! — — Man darf im Allgemeinen wohl sagen: Eine unpraktische, das unwillkürliche Leben des Rechts innerlich falsch, aprioristisch-utopisch erfassende Rechtsdarstellung der Universitäten schon trägt eine Stickluft, das Elend, den Haß des verkannten und entzogenen Rechts nicht selten zu Palästen wie zu Hütten; sie erregt im Privatrechte den Kampf wegen Schädigung wohlerworbener Rechte und gefährdet im Staatsrechte durch Revolutionen und Kriege die Sicherheit der Staaten. Dagegen ist umgekehrt ein, dem gegebenen Leben des Rechts gerecht werdendes Begreifen des Rechts gewissermaßen Lebensluft und Ozon, in welchem das Rechtsleben, Wohlbehagen, der Wohlstand, Verkehr eines Volkes in Staats- wie Privatleben wieder von neuem aufathmet: Voraussetzung freilich ist auch, daß die Praxis selbst dies reale quellengemäße Leben des Rechts erfaßt. Denn es kann eine Praxis auch unpraktisch sein! Ein solches lebenswahres, praktisches Recht aber wird sich deshalb immer wieder von neuem zur Bildfläche emporringen, so sehr es periodenweise auch a priori von einer dumpfen, einsichtslosen Gelehrsamkeit niedergedrückt werden kann.

Zweifach aber ist der praktische Werth einer überzeugenden lebenswahren praktischen Wissenschaft und Schule. — Einmal wird eine

Digitized by Google

solche Rechtsschule die Rechtsdoktrin unserer Universitäten wieder zu einer praktischen umgestalten können. Alsdann werden infolge Einheit von Theorie und Praxis das Ziel des wirklichen, realen Rechts statt eines, infolge des Ueberzeugtseins durch Gründe, zwei Faktoren erstreben; neben der Praxis auch: unsere Theorie. Vor allem wird dann eine Theorie nicht mehr mittels aprioristischer Scheingründe fortwährend durch werthloses und schädigendes Recht unserem Volke sein bestes Erbe: das Recht zu verkümmern und zu entziehen versuchen, nicht länger auch noch unsere Praxis in der Darstellung des wahren Rechts stören und befehden; diese Theorie wird nicht auf deutschen Universitäten, beim Examen ꝛc. den Schüler im Dogma mit philosophischen Naturrechtsutopieen oder geschichtlichen Antiquitäten, mit Definitionen aus einem Begriffshimmel plagen, welche für das Leben absolut keinen Werth haben, so werthvoll sonst Logik und Rechtsgeschichte am rechten Platze sind. Eine Theorie wird im Gegentheile alsdann dem Leben wie der Praxis direkt unter die Arme greifen, und indem sie selbst reales Recht darzustellen vermag, auch schon die Schüler zu dessen Finden anleiten können. — Zweitens wird alsdann das Leben und die Praxis umgekehrt eine Theorie wieder unmittelbar benützen können, wie zur Zeit der classischen Römer, wie zur Zeit des, wenn auch technisch mangelhafteren mos Italicus und usus modernus pandectarum, und noch klarer und durchsichtiger, als selbst schon die wohlthätigen Präjudizienſammlungen eines Windscheid und anderer. — Beispiele. — Die Abweichungen des lebenden praktischen Rechts von einer historischen Schule eines vergangenen Rechts zeigen die Neubildungen von der Art des § 2 I 2. Sporadische Fälle abgerechnet, wie eben etwa die Lehre von der Infamie, Ehre, von Privatdelikten ꝛc., stellt nun diese Abweichungen ein Schulsystem Savigny's wie die damaligen Lehrbücher der Romanisten der historischen Schule nicht nur noch nicht dar, sondern sie bekämpfen dieselben. Soweit das deutsche Privatrecht keine Aushülfe bot, mußte also eine Praxis die ganze Casuistik der alltäglichsten, praktischen Institute, ihrer Alimenten-, Paternitäts-, Defloration-, Schmerzengeldklagen, deutschen Servituten, Reallasten, Erbverträge ꝛc. ꝛc. sich beim Urtheilen, rühmliche Ausnahmen abgerechnet, erst selbst darstellen; bei neuerlich erst erkannten Neubildungen, wie: bei nicht eingetragenen Genossenschaften, bei dem unentbehrlichen heutigen Besitzrechte des Detentor, mußte die Praxis, wie gezeigt, aber auch noch, selbst bei der Uebergangsjurisprudenz eines Windscheid ꝛc. einen langen, fortwährenden Kampf bestehen mit einer weniger lebenserfahrenen Theorie, weil insbesondere letzteres Recht schon ein Savigny grundlos bekämpft (§ 2 IV, II) und eine Zeit lang selbst aus der Praxis ganz verbannt hatte! Zudem ist ja die Anwendung und Construktion solcher Neubildungen der Praxis von der Art des § 2 I 2 überhaupt keineswegs leicht; im Principe schon weit schwieriger, als die bloße Subsumtion der historischen Schule unter das tausendjährig bereits bearbeitete

Digitized by Google

römische Recht, und dennoch einflußreich. Je nachdem wir beispielsweise dem Rechte der gesammten Vergangenheit der historischen Schule oder dem Leben des Rechts innerhalb der Gegenwart einer praktischen Schule huldigen, wird fast die ganze Casuistik der modernen praktischen Schmerzengeldklage, werden deren Einzelfragen über Concurrenz, Verjährung, Uebergang auf die Erben ꝛc. immer entweder andere Begründung oder andere Resultate zeigen müssen. Soweit greifen die unmittelbar leitenden Consequenzen der Schulprincipien aus, daß hier die Lösung der Schulfrage sogar unmittelbar praktischen Werth haben und anderes positives Recht ergeben kann! Solche Institute nun also, um sie erschöpfen und richtig anwenden zu können, setzen theoretische historische Vorstudien über die geschichtliche Natur, ob Straf- oder Ersatzklage, und eine dogmatisch wahre Schule (Einleitung Ziff. 1 u. § 5) direkt voraus, in welchen eine Praxis unter der Herrschaft einer wahren Schule von einer Theorie unterstützt werden kann, wie die Praktiker Roms! —

Beide, Theorie und Praxis, werden alsdann auch mit gleichen Rechtsprincipien schlüssig sein, ob und warum diese Klagen des lebenden praktischen Rechts nach § 2 I 2, welche die historische Schule noch vielfach verworfen, zugelassen werden müssen. Beide werden erst jetzt zwischen den beiden bisherigen aprioristischen Extremen der Naturrechts- und historischen Schule realen wissenschaftlichen und positiven Halt gewinnen. Es wird sich eben dadurch das bewirken lassen, daß Rechtsauffassung und Urtheil nicht etwa nach der Lehre eines doktrinären Savigny, (welcher darin etwa „Sinn und Gefühl für die Größe anderer Zeiten"! ersieht, Beruf l. c. S. 4), paßt, wie eine Faust auf das Auge eines Rechtsuchenden; daß z. B. eine historisch-romantische Theorie nicht in den, von J. A. Seuffert bemerkten Fällen mittels des bloßen römischen Kaufvertrages schon den heutigen Uebergabsvertrag des heimischen Rechtslebens zu regeln sucht; daß ein Savigny selbst, wie in § 2 IV II gezeigt, nicht, während er vorhat, in seinem Besitze die heimische, im heutigen Rechtsleben als Recht gegebene, bloße Detention „zu schützen", umgekehrt, diesen altehrwürdigen Schutz eines Detentionsrechtes demselben jetzt mittels unverstandener römischer Formeln ganz entzieht!! ꝛc. ꝛc. In solchen Fällen eben hat ein lebensvolles, praktisches Recht geradezu einen ethischen Werth! Denn dies Recht lebt, wenn auch theoretisch unerkannt, nichtsdestoweniger unwillkürlich und stillschweigend im Volke: wie im Staats- und öffentlichen Rechte, ganz so auch im Privatleben und Verkehre! Eine Verletzung eines solchen, von einer todten oder unreifen Gelehrsamkeit nicht verstandenen, nichtsdestoweniger aber anders im Leben gegebenen und zugleich im Volksbewußtsein lebenden Rechts zerreißt daher nicht selten die Fibern des lebenden Rechtsbewußtseins des Volkes, die Spannkraft seines Rechtslebens; niemand glaubt dann mehr mit Sicherheit ein Rechtsgeschäft auf heimischen Rechtsgebieten unternehmen zu können, ohne daß ihm Gelehrsamkeit dies, dem

Digitized by Google

Gelehrten unbegreifliche, aber trotzdem nach seinen ehrwürdigsten Gewohnheiten positiv gegebene, wohlerworbene Recht jeden Augenblick entziehen kann! Historisches Unverständnis des Rechts sollte den Rechtsverkehr des Lebens stören, zum Theil unmöglich machen dürfen?! Die Solidität des Rechtsverkehrs wankt alsdann in schadenbringender Weise: so sehr antiquarisch oder philosophisch hochvollendete Rechtsdarstellung auch geistig brilliert: wenn sie das Recht anders darstellt, als es im Leben unwillkürlich gegeben lebt. Wie schon in § 1 Ziff. 7 S. 171 ꝛc. erwähnt, ist alsdann selbst schon eine Rechtsunbildung und bloße Routine, scheinbare Principlosigkeit, sobald sie von Erfahrung und angeborenem Takte geleitet ist, materiell — abgesehen vorläufig also von einer bewußteren praktischen Rechtswissenschaft — weit besser, als die Tyrannei einer noch so gelehrten Phrase; als die Herrschaft eines, a priori noch so scharfsinnig aufgestellten philosophischen oder antiquarischen Schulrechts! Denn solche aprioristische Extreme vernichten nicht selten auch noch mit eisiger Kälte — da, wo sie doch Recht spenden sollten, unter dem Deckmantel einer Rechtsdarstellung, unter dem Scheine, dem Wahne und der Maske eines Rechtsmittels — ungehindert das beste, wohlerworbene Recht des Lebens; ganz, als ob ein solch' aprioristisch falsches, erfundenes Recht auch noch das Recht hätte, Unrecht zu verüben!

Man darf ja gewiß den Satz, welchen — leider gerade verkehrt angewendet — dereinst ein Savigny dem Streben nach unserer nationalen Civilgesetzgebung schädigend entgegenschleuderte, daß das Recht unserem Volke in Fleisch und Blut übergehe, nicht in diesem verkehrten doktrinären Sinne Savigny's selbst auffassen: Als ob sich unser Volk je um Savigny's materielle römische ꝛc. „Antiquitäten" interessierte, welche niemals in unserem Volke gelebt oder etwa in ihm erstorben sind! Daß es sich ferner um ein formales System, um bloße technische Constructionen einer gelehrten Jurisprudenz (unten B), endlich auch etwa selbst um das Detail, selbst um jede casuistische Partikel einer praktischen Fallmeisterei so kümmert, daß auch solche Dinge je unserem Volke in Fleisch und Blut übergehen könnten! Um solche Einzelheiten des „Privatrechts" kümmert sich der Laie allerdings kaum je soviel, als er sich um Einzelheiten vielleicht im öffentlichen Rechte kümmern kann; hier allein vielleicht führt, namentlich in politisch erregten Zeiten, dem Volke wenigstens eine Presse sowohl Grundfragen (wie Absolutismus, constitutionelle Monarchie, Republik ꝛc.) als Detailfragen zu. Nicht so oder seltener im Privatrechte! — Aber man wird diesen Satz Savigny's und seine Wahrheit doch selbst auch im Civilrechte kaum in das entgegengesetzte Extrem deuten dürfen; nicht umgekehrt so, als ob es für unser Volk so ganz und gar gleichgültig sein sollte, welches praktisch geltendes Privatrecht es haben sollte! Hier hat der Satz eine andere, wahre Seite: Die Verletzung seiner „materiellen", ihm und jedermann in ihren praktischen Folgen verständlichen, lebenden Rechtsinstitute, seiner

Digitized by Google

wohlerworbenen Rechte, seiner tausendjährigen Rechtsgewohnheiten, welche sich zufolge einer opinio necessitatis und constanter Uebung ja doch auch aus ihm, dem Volke, selbst erst herausgebildet haben (§ 2 I 2), die Verletzung dessen, was er so täglich mitansieht oder vielleicht selbst übt und nutzt, die Verletzung seiner sauer erarbeiteten Habe und seines Gutes, welches sich ihm, auch vielfach selbst nur als bloßer Besitz (§ 4 A), nicht als Eigenthum, in Deutschland vom Urgroßvater zu den Urenkeln fortwährend vererbt, seine täglich geübten heimischen Servituten, Reallasten, seine Uebergabs-, Auszugs-, Erbverträge, eheliche Güterverhältnisse ꝛc., Rechte, welche sein ganzes Vermögen ausmachen können, solche Rechtsentziehungen durch allzu gelehrte Abweisung seiner Besitzklage, wie eine Abweisung solcher Klagen aus anderen täglichem Gewohnheitsrechte des § 2 I 2, fühlt auch der, durch einen Richterspruch von Haus und Hof gejagte, von seinem altehrwürdigen Rechte, dem Erbe seines Weibes und seiner Kinder, verdrängte Laie: Dies materielle praktische Recht ist auch ihm in „Fleisch und Blut" übergegangen! Und da ist es für ihn, im Erfolge wenigstens, ganz gleich, ob für ihn diese Rechtsverletzung durch ein Verbrechen und Bestechlichkeit des Richters, durch ruchlose Gewalt und raffinierte List, oder: durch die bloße Unfähigkeit eines Richters wie einer gelehrten Jurisprudenz herbeigeführt wird, dies gegebene und allein berechtigt lebende Recht zu erkennen, und gleichgültig, ob der Gelehrte dies Recht auch von seinem Begriffshimmel aus gelehrt zu definieren vermag! Er sieht die materielle Rechtsverletzung fühlbarer, als der gelehrte Jurist; es ist sein Fleisch und Blut, sein und seiner Familie Vermögen! Ein Unvermögen, eine solche Unfähigkeit einer Jurisprudenz sich zu erklären, treibt dann so manchen Stachel in seine Brust. — Solches Rechtswissen, welches den an seinem Rechte Verletzten schützen soll, sollte auch noch nach verschiedenen Seiten schädigen dürfen, weil einer falschen Gelehrsamkeit unserer herrschenden historischen Doktrin und Litteratur hie und da ein praktisch-rechtliches Thun ein neues und „unwissenschaftliches" erscheint: ein nicht classisches römisches! Nur aber einem, in den Irrlehren einer historischen, leblosen Romantik künstlich aufgezogenen und befangenen Theoretiker oder Praktiker möglicherweise erscheint dies praktische Recht als „willkürliche Neuerung"! Im thatsächlichen Leben des Volkes ist dies wohl anders! — — So kann der Gang eines praktischen Denkers durch unsere Hör- und zum Theil Gerichtssäle des Rechts, in welchen solch' unverstandenes antikes Civilrecht für die Kämpfe um's Privatrecht mittels hochtrabender, sinnlos gelehrter Formeln und Schablonen ꝛc. vorgetragen wird, nicht selten dem dereinstigen Gange eines Waffenkundigen (Dreyse) über das Schlachtfeld einer Völkerschlacht gleichen, welcher die Mangelhaftigkeit der, zur Vertreibung eines fremden Unrechts und Eroberers von seinem Volke benützten Waffen studiert: Wie dieser so manche Waffen zur Abwehr rechtloser Angriffe unseres Volkes für unbeholfen und veraltet erachten mußte, so müssen doch wohl auch nicht selten dem

Digitized by Google

juristischen Forscher die antiken wie mittelalterlichen Rüstungen und Formeln, mittels welcher wir zur Abwehr von Unrecht unser heutig lebendes Recht in unbeholfene, veraltete Begriffe fassen wollen, als veraltet, trostlos erscheinen, unzureichend, um die zahlreichen Angriffe des Unrechts, des Unverstandes und der List von unserem wirklich gegebenen oder positiven Privatrechte abzuwehren und unserem Volke seine materiellen Rechte wie seinen Wohlstand zu erkämpfen! Der in seinen Erfolgen schon an sich durch so manche Zufälligkeiten einer Beweisunmöglichkeit 2c. in seiner Bewegung gefährdete Prozeß wird so erst vollends zu einer „Lotterie": Die Prozesse werden da in der That nicht mehr nach dem thatsächlich berechtigt lebenden und „gegebenen" Rechte „gerichtet". Nein: sie werden nur, wie das Volk sagt: „verspielt" oder „gewonnen": Das Recht wird ihm ein bloßes Spiel! Nach Zufall, je nach der Willfährigkeit der zufällig ausgegrabenen antiken oder mittelalterlichen Formel, welche auf das Rechtsleben rechtlich nun einmal paßt oder nicht paßt, wird es entweder verwirklicht oder „verspielt"! Man nennt dies ein Recht lehren und Recht sprechen und glaubt orientalisch-fatalistisch an ein fiat justitia, pereat mundus: als ob dies immer so sein müßte und nicht anders, nicht besser sein könnte und müßte! Stumm reagiert gegen die Formel, welche sich so von Geschlecht zu Geschlecht wie eine ewige Krankheit forterbt, zwar hie und da jenes lebende, gegebene Recht innerhalb des, von Savigny's Schule verdächtigten Präjudizes unserer Praxis! Aber vor die Oeffentlichkeit durfte sich ja das, vielleicht uraltes heimisches Leben des Rechts neu begreifende Präjudiz während der Herrschaft einer älteren historischen Schule nicht wagen — und „principiell" vielleicht noch jetzt kaum (vide Windscheid)! — Denn dort in der Oeffentlichkeit der gelehrten Litteratur herrscht theoretisch noch die historische Rechtsschule, welcher eine Gelehrsamkeit genügt, auch da, wo ihr kein „Leben" des Rechts mehr, wie es unsere positiven Rechtsquellen fordern, sondern nur eine Vergangenheit zur Seite steht! Um ebendeshalb ein wahres Recht dereinst bewußt üben zu können, bedarf es einer praktischen Wissenschaft und des Muthes, unserer gelehrten historisch-romantischen Wissenschaft endlich principiell zu sagen: das Leben verlangt nach einem materiell besseren Rechte, nach einem materiell vom Grunde aus besseren, realen Principe, nach einer praktischen Wissenschaft und Schule eines lebenden Rechts! Das fordert der materielle Werth eines praktischen Rechts, das Wohl unseres Volkes: Und dieses Werthes wie der Gesetze seines Rechts müssen wir uns endlich vor allem bewußt werden!

Neben diesem materiellen Werthe aber existiert allerdings im Allgemeinen auch noch ein formaler Werth einer vollendeten praktischen Rechtswissenschaft, z. B. der römischen! Wir haben in § 1 Ziff. 4 I β gezeigt: diese formalen Vorzüge eines classischen Rechts, wie des römischen, beruhen überhaupt auf drei Umständen: einmal auf dessen Umfassen des ganzen jeweilig lebenden Rechtsgebietes,



Digitized by Google

zweitens auf dessen materiell und innerlich einheitlichem Systeme, und drittens auf dessen, das Rechnen des Juristen mit Begriffen erleichternder Begriffstechnik — i. e. auf einer materiellen und formalen Construktion. Auch diese drei formalen Vortheile nun kann nur eine principiell bewußte praktische Wissenschaft und Schule uns auf unser lebendes und praktisches Recht nach Art des § 2 I 2 dereinst vollständig übertragen, während dies eine bloße Praxis ohne Principien, die bloße bisherige Casuistik des Präjudizes der Praxis, nicht vollständig vermag. Denn von diesen drei Vorzügen eines classischen Rechts hat bisher im Grunde nur den ersten, das πανδέχομαι, auch schon eine bloße Praxis erstrebt und erreicht. Zahllose Bände zwar von Präjudiziensammlungen des praktischen Civilrechts nämlich, wie: die Entscheidungen des Reichsgerichts, J. A. Seuffert's Archiv ꝛc. ꝛc., wachsen allerdings mehr und mehr in einem erschreckenden Umfange zu modernen Pandekten an. Ihnen fehlt aber, um von diesem chaosartigen Zustande zu einem compendiöseren Umfange zusammengefaßt werden zu können: eben eine ausreichende wissenschaftliche, materielle und formale Construktion der Neubildungen, d. i. das Zusammenfassen dieses praktischen Rechts zu einem schulgerechten, materiell einheitlichen Systeme und dessen Ausstattung mit formalen, technischen Begriffen. Dies erst wird ermöglichen, daß auch diese Präjudizien von dem Umfange unserer Präjudizienssammlungen mit ihrem massenhaften faktischen Material ꝛc. sich zu kurzen Fragmenten der Justinianischen Pandekten und Systemen zusammenschmelzen lassen, ohne Wiederholungen ꝛc. Eine solche Wissenschaft fehlt für die praktischen Neubildungen noch fast ganz; denn die Fälle von der Art des § 2 I 2 sind an sich großentheils noch theoretisch unbearbeitet und ungesichtet durch System und Technik! Ist dies aber dereinst erreicht, so sind dieselben auch noch mit den fortlebenden Instituten des römischen und sonst überlieferten Rechts in einheitliche lebende Pandektensysteme zusammenzufassen. Auch dies ist zwar bereits dem Buchstaben nach versucht: in den Pandekten von J. A. Seuffert wie in deren Copie von Windscheid u. a. Was aber auch diese noch zu wünschen übrig lassen dürften, ist eben die principielle, bewußtere Durchführung des Systems bis auf das endgültig entscheidende, produktive Grundprincip oder die bewußte bessere, praktische Schule, von welcher die endgültige Leitung ausgeht, wie die bessere Produktion. Sonst kann es vorkommen, daß, wie bei Windscheid, solche Pandekten casuistisch zwar den Buchstaben des Präjudizes, im Principe aber umgekehrt eine historische Schule zeigen, deren Consequenzen dies Präjudiz für unzulässig erklären! Daß sie jedes wissenschaftliche innere Fortbilden dieses praktischen, jetzt ohnehin schon ein Jahrhundert lang durch eine unpraktische historische Schule an seinem Begreifen gehemmten Rechts sogar noch immer, nach wie vor, verfolgen (§ 3 IV 4), und: noch immer schädigen!

Der eigentliche materielle Werth dieses praktischen Rechts nun kann allerdings erst in dessen Einzelnheiten, an einzelnen Bei-

Digitized by Google

spielen vollständiger gezeigt werden. Dies soll jetzt sofort unter lit. A geschehen, während unter lit. B alsdann die Gegensätze zwischen heutiger Theorie und Praxis in Bezug auf die Werthschätzung von Form und Inhalt betrachtet werden sollen.

A. Nachweis des materiellen Werthes eines lebenden und praktischen Rechts an einzelnen Beispielen. — Was es hieße, ein lebendes und diesem Leben entsprechendes praktisches Recht in der Rechtsprechung nicht beachten, davon könnte man sich etwa im Einzelnen einen Begriff machen, wenn man sich einen Lehrer der älteren historischen Schule oder einen Praktiker, welcher unbedingter Romanist der historischen Schule sein wollte, als Richter dächte, und dieser auch nur die wenigen Beispiele des heutzutage lebenden Rechts nach § 2 I 2 als „ungesetzliche" nicht beachten wollte, weil sie gegen eine vermeintlich römische „Gesetzgebung" der historischen Schule verstoßen! Diese Beispiele fast alle beruhen nun bei uns örtlich und zeitlich auf opinio necessitatis und allgemeiner Uebung. Denken wir uns nun, ein solcher Romanist wollte dereinst — als Richter — noch vor Erlassung des ändernden Gesetzes in Colonien, falls dort gemeines Recht gälte, einen Sklavenhandel schützen, weil ein römisches Recht ihn gestatte und kein Gesetz ihn verbiete. Er wollte ferner bei uns in Deutschland schuldlose Leute nach römischem Rechte für ehrlos erklären, für unsere Verträge noch jetzt Formen des corpus juris, eine Stipulation, fordern, den Vermögenserwerb des Kindes auch nach einer separata oeconomia dem Vater zum Vergeuden überlassen, außerehelichen Kindern ihre Alimenten entziehen, das Erbrecht des Erbvertrages nicht schützen, der Verführten jede Deflorationsentschädigung entziehen, deutschrechtliche Servituten, Reallasten, Güterrechte, Testamentsvollstrecker als ungesetzlich nicht beachten. Oder denken wir uns den Historiker im Strafrechte: er wollte dereinst, zur Zeit einer, bis tief in unser Jahrhundert hereinragenden gemeinrechtlichen Geltung der Carolina gesetzgemäß: foltern, Hexen, Zauberer verbrennen! Oder sehen wir auch von solchen extremeren Fällen ab; denken wir, ein Romanist will eben bei uns nur civilrechtlich, der schon erwähnten Rüge J. A. Seuffert's uneingedenk, älterliche Uebergabsverträge, diese moderne divisio parentum inter liberos, dereinst nach der Schablone des römischen Kaufes mit der actio redhibitoria und quanti minoris anfechten lassen. Oder er will in Consequenz der römischen Formularverträge, wie dies vor Otto Bähr noch geschah, bei einem bloßen pactum noch den Beweis des Vorliegens eines zweiten Vertrages, des constitutum debiti fordern, dem thatsächlichen Zerrbilde der historischen Schule in § 2 IV I entsprechend, auch bei dem Verursachen eines bloßen Gestankes, bei Mordversuchen ꝛc. eine „Beleidigungsklage" gestatten ꝛc. ꝛc. — —

Wichtig ist beispielsweise das Verständnis des Werthes der, innerhalb unseres Jahrhundertes erkannten praktischen, nicht eingetragenen Genossenschaft für das Leben, welche bereits das deutsche



Digitized by Google

Privatrecht anerkannt hat. Deren positives Zurechtbestehen zufolge Gesetz, Gewohnheitsrecht, und jedesmaligen concludenten Vertrag wird in § 5 III 2 a u. b berührt werden, deren legislativer Werth unten § 9, 2: Hier nur von deren praktischer Nothwendigkeit und deren Werthe für das Leben! — Würde man diese Genossenschaften, diese Vereine zu dauernden, beispielsweise zu wohlthätigen, gemeinnützigen, geselligen und sonstigen erlaubten Zwecken, nicht (mit der Praxis und dem deutschen Privatrechte) als selbstständige Rechtsinstitute anerkennen, sondern mit der historischen Schule unter die römische societas, diese Vereinigung im bloßen Interesse Einzelner, nicht aber im Interesse einer unbestimmten Anzahl mit dauerndem Zwecke, einschachteln, und demzufolge die drei wesentlichen Principien der römischen societas: actio communi dividundo, Consenserfordernis und Kündigungsrecht jedes einzelnen Vereinsmitgliedes auch für diese moderne Genossenschaft anwenden: was wäre die praktische Folge? Dann wäre der, bei solchen heutigen Genossenschaften gewollte, sogar concludent vertragsmäßig vereinbarte dauernde Zweck der Wohlthätigkeit, Geselligkeit ꝛc. unerreichbar! Solche Vereine zum Zweck einer dauernden Wohlthätigkeit, eines Krankenhauses, einer Herberge zur Heimath, derartige Turnvereine, Feuerwehren, Casinos, Lesevereine ꝛc. ꝛc. wären fortwährend der Gefahr ausgesetzt, daß sich Spekulanten nur zu dem Zwecke in den Verein aufnehmen lassen, damit jeder einzelne schon mit der actio communi dividundo des römischen socius auf Theilung, Sprengung des Vereins, Verkauf und Erwerb des werthvollen Krankenhauses, der Herberge, des Gesellschaftshauses einer Harmonie, der Bibliothek des Lesevereins, der Gemäldesammlung eines Kunstvereines ꝛc. ꝛc. den Gesellschaftszweck störe, und sich selbst Gewinn bereite. Seit den bayerischen anerkannten und reichsgesetzlichen Vereinen hat zwar die Gesetzgebung andere Vereinsformen zum Schutze solcher dauernder Zwecke geschaffen; aber vorher waren solche praktisch anerkannte, unentbehrliche Genossenschaften nach römischem Rechte rechtlos, wenn nicht das praktische Recht eingetreten wäre (§ 9). Solche praktisch berechtigte Genossenschaften also waren praktisch nothwendig, um deren zum Theil edle, zum Theil nützliche Zwecke dauernd zu verfolgen. Was sollte es nun heißen, wenn der Romanismus einer unpraktischen historischen Schule, der Schablone ihres geschichtlichen Rechts der Vergangenheit zu Liebe, solche positive Neubildungen eines Gewohnheitsrechtes nicht anerkannte, solche Produkte eines Bürgersinns, einer Wohlthätigkeit, Bildung ꝛc. also fortwährend zerstörte und einer Plünderung aussetzte!? Ueber die positive Begründung deshalb § 5!

Von ähnlich praktischer Bedeutung ist ferner für das Leben das praktische, germanische und romanische Besitzrecht des Detentor! Dieses Recht ist es, welches die „Musterlehre" der historischen Schule und ihr Haupt Savigny durch seine unpraktische Lehre geradezu zu „zerstören" gewußt hat, und dessen Selbstständigkeit noch die neueste

Digitized by Google

Theorie verdeckt, indem sie im Besitzrechte mit Savigny nur das, an sich gleichgültige „Faktum gegen Eigenmacht" schützen zu können wähnt (S. 244); statt die realen Rechte, welche sowohl der römischen possessio, diesem relativen Eigenthum, als dem germanischen Detentionsrechte: diesem Rechte des canonischen Pfründebesitzers, Besitzers unter Eigenthumsvorbehalt, Retentionsberechtigten, Pächters ꝛc., zu Grunde liegen, klar zu erfassen! Es ist unglaublich, welche Wirren, welche unsägliche Schädigung hier diese unpraktische Schule durch ihren Schachtelbegriff, welcher das Detentionsrecht ganz zerstörte, dem Leben des Volkes, dem Vermögen, ja der wirthschaftlichen Existenz der Rechtssuchenden bereiten konnte ohne ein adjuvare und corrigere der Praxis! Gerade bei uns in Deutschland besteht ja ein großer Theil alles Grundvermögens von jeher — nicht in Eigenthum, sondern — ausschließlich in diesem heimischen germanischen „Besitzrechte einer bloßen Detention ohne animus domini", welche bekanntlich die römische possessio animo domini (§ 2 IV II) nicht schützt, sondern zerstört. Sobald also eine unpraktische Schule dies heutige und historische praktische Detentionsrecht einem historischen Romanismus zu Liebe nicht anerkennt, würde ein großer Theil unserer Bauern wie Städter durch diese Doktrinäre geradezu vermögens- und rechtlos, soweit die Praxis nicht etwa auf Umwegen, mit unendlichen Windungen, wie unbewußt, dies lebende Recht dereinst schützte. Verfolgen wir dies nun in Beispielen.

1. Schon im Mittelalter beruhte der größte Theil des Grundvermögens auf einem solchen Besitzrechte des bloßen Detentor ohne animus domini: im Lehens-Besitze des Vasallen, welcher bekanntlich vom Mittelalter bis in das letzte Jahrhundert unseren Grundbesitz beherrschte. Dies Lehenrecht aber ist nichts, als ein mit allen denkbaren Nutzungsrechten und sogar mit Reallasten ausgestattetes jus in re aliena, die Sache eines dritten Eigenthümers innezuhaben, ohne selbst (mittels Felonie) je animus domini sich anmassen zu dürfen! Schon die dingliche Klage dieses Mittelalters, die Gewere, begünstigte daher das Weren eines bloßen Innehabens! — Dasselbe Detentionsrecht beherrscht aber in anderen Formen auch noch unsere Gegenwart, zumal wenn man Pacht, Miethe ꝛc. hinzurechnet, noch immer wohl weit mehr als das Eigenthum; so in den folgenden Anwendungen der Ziffern 2—4 incl.:

2. Ein großer Theil des Grundvermögens auf dem Lande ist noch heute beispielsweise unvertheilter Gemeinde-Besitz (entstanden aus der früheren Markgenossenschaft und Allmende). Das Eigenthum nun gehört hier der Gesammtheit der Gemeindegenossen; dem Einzelnen steht also nur Besitz an dem zum Theil fremden Eigenthum der Gesammtheit ohne animus domini zu; „Besitz ohne animus domini" aber ist nach Savigny rechtlos!

3. Sehr häufig erwerben Grundbesitzer ferner bei uns bekanntlich in Stadt und Land ihren Grundbesitz, bei Mangel voller sofortiger Baarzahlung nur unter suspensivem Eigenthumsvorbehalte des

Digitized by Google

Verkäufers, welcher selbst in's Hypothekenbuch, Grundbuch ꝛc. eingetragen wurde. Diese sind also gleichfalls Besitzer ohne animus domini; sie können sich so nicht selbst den animus mutieren, nachdem sie doch wissen, daß der Eigenthümer sich das Eigenthum vorbehalten. Dieser Besitz wäre als solcher rechtlos, wenn nicht bei uns praktisch ein Besitz ohne animus domini zu Recht bestünde!

4. Den größten Theil des Grundbesitzes an Häusern in Städten, sehr viele Grundstücke auf dem Lande, besitzt, detiniert nicht der Eigenthümer, sondern der Miether und Pächter; das Sondervermögen der Frau besitzt der Ehemann ꝛc. Auch solche Rechte können wenigstens Dritten gegenüber im Besitze der Sache an sich nur einen Schutz finden: als bloße Besitzer ohne animus domini! — Außerdem giebt es noch andere Fälle:

5. Wem fiele hier nicht sofort das bekannte Beispiel von Ihering's Habermeier ein (Scherz und Ernst 1885 S. 63 ff.): Ein in den Geist der Besitzlehre Savigny's so ganz richtig eingetauchter Themis-Jünger tritt frisch von (der historischen Schule) der Universität in die Praxis. Ein Bruder eines, im Jahre 1848 politisch Flüchtigen hatte eben als Detentor, sei es zufolge Mandats oder zufolge negotiorum gestio, dessen zurückgelassenes Gut in Verwahrung (Detention) genommen. Ein Nachbar macht aus, mit Haaren herbeigezogenen Gründen, vielleicht weil er öfter Holz gefrevelt! den „Besitz" zu seinen Gunsten streitig. Er ist jetzt somit allein römischer possessor animo domini! Der verwahrende Bruder und Detentor klagt nun gegen ihn mit der Besitzklage! Der Themis-Jünger Savigny's legt diesem Kläger den animus domini auch noch zum Beweise auf, ohne welchen Savigny's Schule keine Besitzklage gestattet! — — Ihering nennt bekanntlich diese Periode der Unkenntnis des praktischen Rechts seitens der, von der historischen Schule der Universität übertretenden jungen Juristen deren Habermeier-Periode! — — Was geschieht in dieser? Schulgerecht verliert nun der detinierende Bruder das Gut an den Strolchen, den alleinigen possessor animo domini, welcher nach Savigny „allein ein Besitzrecht" hat! — Hier ist indessen die, von Ihering hereingezogene Beweisauflage über den animus domini nur eine unwesentliche nebensächliche Episode! Allerdings war auch bei dieser Beweisauflage der angehende Praktiker uneingedenk des Umstandes, daß eine Praxis (analog der gemeinrechtlichen Regel schon: dolus probatur ex re) einen Beweis nie über innere Seelen- ꝛc. Vorgänge, wie einen animus, direkt, sondern nur über Thatsachen, Prämissen, Indicien oder Vermuthungen auflegen darf, aus welchen sich der innere Vorgang erkennen und folgern läßt; also bei einer Eigenthumsausübung eines possessor etwa über dessen Steuerentrichtung, Eintragungen in öffentliche Bücher, Erndten der Früchte, Verpachtungen, Belastungen des Gutes ꝛc. ꝛc. — Entscheidend aber ist hier, in unserem Besitzfalle allein, daß der klagende Bruder und Detentor — schon in seiner Geschichtserzählung, wie er dazu kommt,

Digitized by Google

für seinen Bruder einzutreten — zugestehen muß, daß er ja gar kein römischer possessor mit animus domini, sondern nur heimischer Besitzer oder Detentor nach lebendem praktischem Rechte ohne animus domini ist, also ein ganz anderes Recht verfolgt, als die römische possessio (§ 2 IV II); und: daß dieser „rechtmäßige Detentor" nach historischer Lehre auch sein Recht der Inhabung an einen Strolch verliert, weil die historische Schule eines vergangenen Rechts aus dem gewohnheitsrechtlichen Bestehen eines Besitzdetentionsrechtes der Gegenwart nicht die Consequenz zieht, daß dies unter Umständen selbst über die Eigenthumsprätention eines possessor injustus und praedo obsiegen muß, wie jedes andere jus in re. (Ausscheidung dieser Fälle in des Verf. Schrift „das heutige p. u. n. Besitzrecht in seiner Unabhängigkeit von der römischen possessio. Berlin, Guttentag, 1880, S. 141 Art. 14.)

6. Eine nahezu ebenbürtige Anwendung von Savigny's Besitzlehre, wie bei Ihering's Habermeier, hatte ja doch der Verf. in der Praxis selbst zu entscheiden; auch hier galt es, das positiv lebende Besitzrecht des Detentor aus den vernichtenden Klauen der historischen Schule zu retten; (abgedruckt in Seuffert's Blättern f. Rechtsanwendung, Bd. 50, 1885, S. 257 ff.). Ein Kläger verlangte Wiedereinräumung eines Besitzrechtes an einem Kirchen- oder Synagogenstuhle, weil er denselben von seinen Eltern ererbt und weil diese den Stuhl der Beklagten nur widerruflich überlassen. Ein Amtsrichter urtheilte — nach Savigny vollständig correkt: — Abweisung der Klage; denn eine römische possessio erfordere animus domini; von einer Eigenthumsabsicht könne aber hier überhaupt nicht die Rede sein, weil ja doch der Kirchenstuhl nur Eigenthum der Kirche, zudem res sacra sei; läge aber ein (römischer) usus oder usus fructus vor, so hätte er sich nicht auf den klagenden Erben vererben können: deshalb fiat justitia: Abweisung im Geiste der historischen Schule Savigny's! Was liegt auch daran, wenn zu Gunsten einer Schablone der Vergangenheit ein solches ganzes, altehrwürdiges Gewohnheitsrecht der Detention flöten geht! (Savigny rettet ja mit solchen Antiquitäten den Staat; Eine noch so stümperhafte und schädliche Politik geht vor dem Rechte! Sie muß, wie das Staats- so auch das Civilrecht verderben!)

7. Einem anderen Besitzrechte des Detentor scheint eine sociale Zukunft bevorzustehen: dem Besitze des Leiters oder Verwalters einer jeden industriellen oder sonstigen Anstalt, Fabrik ꝛc. der, oben berührten deutschrechtlichen Genossenschaften. Gleichviel nun, ob diese Genossenschaften, z. B. Arbeitervereine ꝛc., juristische Personen werden (wie in § 23 des zweiten Entwurfs unseres deutschen bürgerlichen Gesetzbuches), oder nicht: weder die juristische oder moralische Person, noch die physische Person aller Genossenschaften auf einmal würde ja den faktischen Besitz, die Detention einer genossenschaftlichen Fabrik ꝛc. selbst ausüben können. Die Fabrik, das Genossenschaftshaus wird immer eines Direktors, Verwalters, Hausmeisters ꝛc. be-

Digitized by Google

dürfen, welche alle allein sich in die Detention theilen können, die Leitung, Hausordnung, den Schlüssel handhaben und nach dem Schlusse der Arbeitsstunden auch die eigenen Genossen und Miteigenthümer ebenso von ihrer Fabrik ordnungsgemäß ausschließen müssen, wie Dritte. Denn alle Fabrikarbeiter zugleich werden doch diese Leitung und Ordnung nicht besorgen können! Wo immer also in Zukunft sociale Unternehmungen ausführbar werden, z. B. bei den bisherigen Cooperativgenossenschaften ꝛc. wird man nicht jedem Mitarbeiter und Miteigenthümer als solchen, sondern eben nur dieser Direktion und Verwaltung ein Besitzrecht des Detentor einräumen können und müssen: ihm wird das Besitzrecht und die Besitzklage nicht blos gegenüber dritten Nichteigenthümern zu gestatten sein, sondern auch gegen den störenden und verletzenden Arbeiter, Vereinsgenossen und Miteigenthümer selbst: — Auch in diesem Falle wird also einem, möglicherweise gar nicht eigenthumsberechtigten und jedenfalls niemals eines animus domini für sich fähigen „Detentor" ein ähnliches ausschließliches Besitzrecht eines Detentors ohne animus domini eingeräumt werden müssen, wie dem Genossen des unvertheilten, ihm nur zur Detention und Genuß überlassenen Gemeindegrundes ꝛc.

8. Außerdem aber gibt es noch eine ganze Reihe von heutigen Besitzrechten ohne animus domini. So z. B. den gesetzlichen Pfründebesitz des canonischen Rechts, den Besitz der Dienstwohnungen, des Usufruktuars, den Besitz des Faustpfandes, Concursverwalters, der Ganerbschaft, des fränkischen Condominates, des Retentionsberechtigten, des Finders unter der Voraussetzung, daß er nicht animus domini haben will, des Depositars ꝛc. ꝛc.

So haben wir aber unter Ziffer 1—8 eine Reihe von positiv lebenden, praktischen Besitzrechten aufgeführt, in welchen eine unpraktische Rechtswissenschaft, wie die historische Schule, positive, wohlerworbene Besitzverhältnisse als solche gestört, rechtlos gemacht hat, um diese Rechte einem Unberechtigten zuzuwenden: Ein Strolch, welcher animo domini ein Immobile occupiert, der Dieb, welcher eine bewegliche Sache stiehlt, hat hier begrifflich nach Savigny allein ein Besitzrecht; nicht aber irgend eines aller dieser wohlerworbenen Besitzrechte der Ziffer 1—8! Ist der Eigenthümer in der Nähe, so kann sich ein solcher Detentor zur Abhilfe von Störungen derartiger römischer malae fidei possessores wohl an diesen wenden; ist dieser aber abwesend, oder mag oder kann der Eigenthümer einfach nicht helfen, weil das Besitzverhältnis ganz ohne Willen oder gegen den Willen des Eigenthümers entstanden, wie beim Retentionsberechtigten, Finder, oder existiert kein physischer Eigenthümer, wie bei der juristischen Person, so ist der bestohlene Detentor einem schnellfüßigen Diebe gegenüber ꝛc. völlig rechtlos; die unpraktische historische Schule entzieht ihm die Besitzklage eines Detentor, nach Savigny's eigener Motivierung, selbst: weil sie zum Schutze der Detention gegeben ist!! (§ 2 IV II 3). — — Was nützt eine solche Jurisprudenz? Man

Digitized by Google

hat unserer Praxis Denkfaulheit vorgeworfen, weil sie solch lebendes Recht, ein, regelmäßig unbewußt warum, mittels opinio necessitatis und Uebung gegebenes Gewohnheitsrecht befolgt. Ist aber ein solches Mißachten aller positiven Rechtsquellen der Gegenwart auf Seite unserer historischen Schule Verständnis und noch überhaupt eine Jurisprudenz? Das Leben verlangt hier Brod, einen reellen Rechtsschutz; Savigny's Schule giebt ihm einen unverstandenen, unverdaulichen Stein, genannt: klassisches „Recht des Besitzes", welcher ihm unbemerkt die zu schützende Detention: rechtlich entzieht!

9. Das non plus ultra endlich aber ist der sog. heutige Besitzprozeß, an welchem praktisches Unverständnis eines Byzantinismus der Glossatoren, der Praxis und der historischen Schule zusammen gearbeitet, um diesen Prozeß dem wirklich Berechtigten möglichst ungünstig, dem Strolch und Dieb aber günstig zu gestalten und so die Rechtsuchenden zu schädigen! Es ist berechtigt, daß der Dieb selbst gegen Diebe geschützt wird. Nicht aber gegen rechtmäßige Eigenthümer und Detentoren! — In Rom bestanden eigenthümliche Verhältnisse, warum bei einem Streite um das Eigenthum (cum de proprietate controversia sit) der Prätor, in dem Interdikte, blos über die faktische Ausübung des Eigenthums oder corpus und animus domini (possidendi) der possessio, also blos über den status quo des fait accompli und die Abwesenheit von vis und vitia überhaupt zu entscheiden hatte, so daß es im Interdikte noch ganz gleichgültig war: justa an injusta possessio adversus ceteros sit (§ 4 J 4, 15, l. 1 § 3, l. 2 D 43, 17). Da, wo es sich um eine Zuerkennung des bessern oder rechtmäßigen Eigenthums handelte, endete die Competenz des Prätor wie Interdikts, und der Streit ging an judicia (Geschwornen ähnlich), bei einem civis an die, zur Zuständigkeit für cives etc. allein gegebenen legis actiones, — bei Nicht-cives, oder im Streite von cives mit Nicht-cives, — aber ging der Eigenthumsstreit über die possessio, das Eigenthum des jus gent. an die Publiciana actio (actio est jus persequendi in »judicio«) über. Das war der Zweck dieses Doppelprozesses vielleicht im 6. Jahrhunderte Roms, ein paar Jahrhunderte vor Christus. Daraus folgt, daß mit der späteren Einführung von judices (pedanei), in welchen sich das Verfahren in jure vor dem Prätor und vor dem judicium von Geschwornen in der Person eines Beamten vereinigte, historisch kein Grund mehr vorlag, den Eigenthumsstreit länger in das interdictum und die noch sog. actio zu spalten, i. e. das Eigenthum zuerst möglicherweise dem Strolchen zu lassen, damit der rechtmäßige Eigenthümer es erst in einem zweiten Prozesse erstreite, der Strolch aber solange die Früchte lucriere! Dennoch behielt der Byzantinismus diese grundlose Spaltung bei; wie Justinian als Motiv angibt, deshalb: weil solche Eigenthumsklagen häufig und für den faktischen Eigenthümer „bequem" waren (§ 4 J 4, 15: fere semper ingens existit contentio de possessione, quia longe »commodius« possidere, quam petere): Als ob die Eigenthumsstreite nicht auch

Digitized by Google

häufig gewesen wären, wenn sie besser einheitlich geordnet. Und als ob die „Bequemlichkeit", welche so gerade eben auch dem nicht sofort überführbaren Strolchen und Dieb, nicht dem rechtmäßigen Eigenthümer gewährt wird, daß nämlich jenem in einem ganzen eignen Vorprozesse sein, ohne besseren Rechtstitel errungenes faktisches Eigenthum auch noch vorläufig gewährleistet wird, hätte ein Motiv sein dürfen, diese Bequemlichkeit nicht einzuführen. Warum führt man nicht auch sonst getrennte Prozesse ein; z. B. für eine blos faktische und eine rechtliche Ausübung einer obligatio, eines Personenrechts ꝛc.? Hat die bloße faktische Ausübung für das Recht einen entscheidenden Werth? So erben sich Gesetze wie eine ewige Krankheit fort! Soll das Vergangene: Recht sein ohne Leben oder Geist? Damit aber noch nicht genug. Weil der Byzantinismus aus dem einen Eigenthumsprozesse zwei gemacht hatte, von welchen die Hälfte zu viel, schuf das noch schlauere, noch mehr historische Mittelalter, aus dem einen: drei verschiedene Prozesse: das summariissimum, als ein besonderes Provisorium, das sog. possessorium und endlich das petitorium, von welchen jetzt zwei Drittel zu viel waren! Dann übertrieb das Mittelalter auch noch den mißverstandenen Satz der Römer: justa an injusta »adversus caeteros« possessio sit, in hoc interdicto nil refert, in das Extreme und Sinnlose. Man unterschlug die Worte adversus caeteros, beachtete nicht hinreichend, daß der darauf folgende Satz gerade unter den Streittheilen selbst — offenbar in Zusammenhang mit dem Rechte, vitia der possessio zu untersuchen, — die Erforschung eines »plus juris« gestattete, und verwies jetzt alle besseren Erwerbs- und Rechtstitel in das nachfolgende dritte petitorium: Der Streit drehte sich so jetzt in den Possessorien um die faktische Ausübung, in dem petitorium ums Recht! Wahrscheinlich ließ man sich dazu auch noch durch die specielle Vorschrift für das interdictum de vi l. 1 § 31 D 43, 16; l. 1 § 3 D 43, 17 ꝛc. und die Spolienklage verleiten, wonach allerdings bei dem Vorliegen einer vis die besseren Erwerbstitel und das Recht eben zur Strafe der vis wirkungslos werden konnte; man machte diesen Ausnahmsfall auch in den zwei ersten Eigenthumsstreiten zur Regel! Selbst die sonst praktischere Napoleonische Civilgesetzgebung behielt die Trennung der Eigenthumsprozesse wieder aus einem anderen Grunde bei. Weil alsdann der zum Theil rechtsunkundige Friedensrichter blos die „Thatfrage" des titre de la possession, blos das thatsächliche corpus mit animus domini untersuchen konnte und weiterer Rechtsfragen überhoben war. Und ist es zu verwundern, daß auch Advokaten und selbst Richter aus einem Prozesse hie und da lieber zwei machen wollten, letztere, um rasch über die Sache hinwegzukommen? Aber ist dies ein Vortheil? Ethisch und für das Interesse des Rechts der Partei nicht! Denn infolge seiner faktischen Eigenthumsanmaßung kann alsdann, wie schon berührt, ein Strolch während der Dauer zweier langwieriger Prozesse in dem Genusse eines fremden Gutes schwelgen! Und auch für den Richter war es nicht besser, daß

Digitized by Google

man dem Thiere Prozeß den Schwanz nicht auf einmal abhackte und daß der Richter jetzt statt der Last eines Prozesses sich zwei aufhalst!! — — Was war also prozessual der praktische Erfolg dieser kurzsichtigen Prozeß-Politik? Wir haben Urtheile hierüber bereits allegiert (Note 7 zu § 2 IV, II 4). Der rechtmäßigste Eigenthümer, wie Mittermaier und Wernz sagt, welcher eine vollbeweisende Urkunde, einen Erwerbbrief parat vor sich liegen hat, eine Urkunde, welche alle drei Prozesse sofort definitiv auf den ersten Blick hätte entscheiden können: er durfte diese allein entscheidende Urkunde erst in dem dritten Prozesse vorzeigen! Während der nicht minder langwierigen beiden ersten Prozesse mußte er somit ruhig gestatten, daß in der Zwischenzeit die faktische Eigenthumsanmaßung des Strolches über sein Recht triumphiere und auf seinem Erbgute schwelge, ohne daß der Eigenthümer vielleicht je Ersatz fand: quia »commodius« possidere, quam petere. So entstand der Erfolg, daß, wie Puchta sagt, auch unsere Praktiker recht unpraktisch sein können, weil sie bedeutungslosen Unterscheidungen eine unrichtige Bedeutung geben! — — Und solche zwei Vorprozesse dauerten oft recht ungemüthlich lange. Z. B. der bekannte, auch vom Verf. mitentschiedene Monstreprozeß der Gemeinde Burgsinn gegen die Frhrrn. v. Thüngen hat seit 1696 begonnen und erst vor wenigen Jahren ist dieser Besitzprozeß zum petitorium übergegangen! War also der, zuvor Obsiegende ein Strolch, so hatte er ein »commode« possidere! Die dreifachen Kosten solcher drei Prozesse in der geldarmen guten alten Zeit nach einem 30jährigen Kriege konnten zudem den Werth eines verschuldeten kleinen Anwesens schon mit einer Gerichtscommission überschreiten. Sie waren die melkende Kuh der Advokaten. Ihm gegenüber stritt vielleicht ein Strolch auch noch »commodius« im Armenrechte; er hatte also nichts zu verlieren, nur zu gewinnen; er war so offenbar auch Anhänger einer staatserrettenden historischen Schule des vergangenen Rechts! Solche Prozesse aber waren endlich auch an sich eine Lotterie mit allen Chancen einer solchen! Denn nicht das Recht entschied, sondern ein Zufall, ein zufälliger, letzter ꝛc. Ausübungsakt eines Faktum: des corpus und animus, eine faktische Anmaßung des Eigenthums der possessio, gleichviel ob ihr ein Recht zur Seite stand! Und wenn ein Theil wirklich einmal ein erstes und zweites Urtheil erwirkte: Was stand darin? Er sei in dem „Besitze" (nach Savigny) zu schützen! Was war dies? Absolutes Eigenthum, wie bei der Occupation einer herrenlosen Sache? Oder relatives besseres Eigenthum mit Publiciana oder Interdikt? Oder nur ein jus in re aliena, eine fremde Sache ohne animus domini zu „detiniren"? Damit war aber freilich die Entscheidung noch lange nicht endgültig gefällt. Trotz der zwei vorausgehenden: ein neuer Prozeß; möglicherweise dieselben Zeugenvernehmungen jetzt zum Nachweise des Beweises eines Ersitzungstitels nochmal in einem petitorium, wie zuvor zum Nachweise des corpus und animus possidendi! Neuer Zeitverlust, neue Rechtsunsicherheit in Haus und Hof,

Digitized by Google

neue Verarmung und Elend durch Prozeßkosten! Eine Versäumung einer einzigen Frist des fristenreichen alten gem. Prozesses konnte wieder den Verlust des ganzen Prozesses und Gutes nach sich ziehen. — — Der rechtmäßigste Eigenthümer überlegte sich da vielleicht, ob er so immer wieder von neuem die Chikanen und Kosten des dreimaligen früheren Prozesses auf sich nehmen wollte. Er gibt mit mehr Vortheil sein bestes Recht auf: wegen eines geistesarmen unpraktischen Rechts einer gesammten Vergangenheit, an dessen Ausbildung sich freilich eine unpraktische Doktrin bis auf Savigny's Zwitterbegriff vom Besitze, wie eine unpraktische Praxis um die Wette betheiligt hatte! (Ueber diesen Prozeß vgl. man schon des Verf.: „heutiges ꝛc. Besitzrecht", Berlin, Guttentag, 1880, S. 47, 55, 70, 82, 87 ff. und dessen „Grundlagen einer Geschichte der röm. possessio", Erlangen, Deichert, § 18 ꝛc.) — Ueber die legislative Frage unten § 9, 2. —

So könnte man vielleicht noch manchen Fall anführen, in welchem das Nichtkennen und -Darstellen des Lebens des Rechts durch unsere historische Rechtswissenschaft das praktische Leben schädigt und beim Uebertritte der jungen Juristen von der historischen Schule der Universitäten eine, von Ihering so genannte Habermeierperiode veranlaßt (§ 1 Ziff. 3 oben § 4 A Ziff. 5). Wir führen hier etwa noch einen als charakteristisch an. — Eine der alltäglichsten Klagen des praktischen Rechts war bisher bekanntlich die Defloration sklage. Trotzdem schweigen sich über deren Abweichungen vom vergangenen römischen Rechte die Lehrbücher der historischen Schule ganz aus. Und doch bedürfen auch solche Institute einer Regelung, wie die des vergangenen römischen Rechts! Denken wir uns beispielsweise: Ein Zögling der historischen Schule tritt von Universität in die Praxis. Von dem Beklagten wird bestritten, daß die Defloration sklägerin zur Zeit des Beischlafes noch Jungfrau war. Sollte sich der angehende Praktiker nicht auch da veranlaßt finden, nach zweifellosen allgemeinen Regeln der Defloration sklägerin den Beweis ihrer widersprochenen Jungfrauschaft, des Klagegrundes, aufzulegen; nicht nach einer, in der Praxis stillschweigend herausgebildeten, in der That gewohnheitsrechtlichen Präsumtion (analog etwa dem Satze: quilibet praesumitur bonus, donec probetur malus) diesen Beweis ganz zu erlassen. Wie sollte dann aber eine Klägerin diesen Beweis erbringen können? Nicht die, zuvor reinste Jungfrau könnte vor einem solchen Juristen einer Habermeierperiode bestehen! Trotzdem fand sich bisher keine historische Theorie veranlaßt, eine solche abweichende Präsumtion des lebenden praktisch-positiven Rechts neben dem vergangenen Rechte aufzuzeichnen, durch deren Unkenntnis die ganze Defloration sklage zerstört erschiene! — Durch ähnliche Unerfahrenheiten also über das positive Leben des Rechts und den Mangel einer praktischen Lehre können so fortwährend auch andere lebende Rechtsinstitute zerstört oder doch in der Anwendung verballhornt werden! —

B. Der Grund des Werthes des praktischen Rechts für das Leben und der Werthlosigkeit aprioristischer Doktrinen. — Derselbe

Digitized by Google

liegt in der ungleichen Werthschätzung von Inhalt und Form. Unsere Praxis nämlich schätzt fast nur den wahren Inhalt, unsere, die Doktrin momentan beherrschende historische Schule fast nur die schöne Form! — Das eben war es, was dereinst schon die Glosse von Leben und Praxis spaltete (§ 1 Ziff. 4 I β, § 3 I), indem jene fand, wie das vergangene römische das, damals lebende primitive Recht in einer dreifachen Formvollendung überragte, indem jene diese Form allein schätzte, während das Leben und die Praxis doch materiell dies römische Recht nicht unbedingt verwerthen konnte. Diese Formen wie bemerkt sind: Einmal das „πανδέχομαι"; zweitens der formalen Einreihung des materiellen Rechts in die wunderbare materielle Ordnung eines „Systems", welches bewirkt, daß wir nicht an faktischem Material ersticken, und welches sich nicht widerspricht. Drittens die Anwendung einer hochvollendeten juristischen „Technik", welche gestattet, die organischen Rechtskörper in technische „Begriffe" zusammenzufassen und so mit Leichtigkeit mit Begriffen zu rechnen: Diese Formvollendung neben materieller Unwahrheit war es, welche den doktrinären Cunktator Savigny veranlaßte, den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung zu leugnen, bis wir formgewandt genug sein werden, und ist es, welche noch jetzt mit den Worten Ihering's (in unserem Vorworte) gerügt wird: Wir bedürfen einen Uebergang von der formalistischen zu einer realistischen Methode: Denn die ganze bisherige Theorie zeigt nur ein formal schöneres, die Praxis dagegen das real allein geltende, wahre Recht, dessen Inhalt bei uns quellengemäß lebt. Dies äußerte sich u. a. schon praktisch sichtlich daraus etwa, daß in der ersten Hälfte unseres Jahrhunderts in der Praxis das, seit 1824 erschienene „praktische Pandektenrecht" Joh. Ad. Seuffert's fortwährend beibehalten wurde, weil es das lebende, „materiell" geltende Recht, das Präjudiz, in sich barg; während doch damals schon jene formal hochvollendeten Systeme der historischen Schule, aber mit zum Theil falschen „rein römischen" Rechte erschienen ꝛc. ꝛc. Der Geist und Werth eines lebenden Rechts aber liegt vor allem in dessen Inhalte, welcher sich nach Zeit und Ort mit der, sich bewegenden, ändernden thatsächlichen Geschichte, mit den lebenden Ueberzeugungen des Volkes und dem Begreifen der Jurisprudenz bewegt, entwickelt und ändert. (§ 2 II a.) Unsere bisherige Doktrin vermag aber so mit ihren vergangenen Formen nicht den Geist und Körper des Lebens materiell vollständig richtig zu erfassen. Während anderseits allerdings ihre Form die hohen Vortheile der Beherrschung des Rechts böte, wenn sie mit unserer Praxis das wahre Recht darstellen würde. Beides aber ist einseitig. Es wird nothwendig sein, daß wir beide nach Regelsberger die Vorzüge „vereinigen", ein materiell wahres lebendes, praktisches Recht dereinst auch theoretisch unter vollendete Formen fügen, wie dereinst die classischen Römer gethan! Darum liegt in der Vereinigung des wahren Inhaltes und der vollendeten Formen die Aufgabe, die Zukunft einer besseren, realistischen oder praktischen Rechtswissenschaft! —

Digitized by Google

Betrachten wir dies Thun und Treiben unserer Doktrin und Praxis je für sich! —

a) Unsere herrschende historische Doktrin schätzt fast nur die Form. Deshalb verflüchtet sie das formvollendetere absterbende römische Recht zu Begriffen, deshalb der Begriffshimmel Ihering's, welcher, selbst wo er nicht vom vergangenen Rechte ausgeht, doch nur a priori nach vollendeter Consequenz strebt, ohne der realen Grundlage des Lebens zu gedenken! Die historische Schule beachtet so nicht die Consequenzen ihrer eigenen wahren Prämisse: das Recht lebt, bewegt und ändert sich! (§ 2 III a.) So konnte diese Doktrin nie begreifen, warum unsere Praxis umgekehrt nicht auch das, doch formvollendete römische Recht rein und in complexu recipierte, und warum sie sich bei dem, dieser Doktrin formlos scheinenden Chaos der Präjudizienſammlungen aufhielt; das Einzige, worin die bisherige Praxis der Form des römischen Rechts nahe kommt, ist ja: auch ihre Präjudizienſammlungen werden mehr und mehr moderne Pandekten!

Allerdings ist diese Formvollendung unserer Doktrin in System und Technik eine nicht hoch genug zu schätzende Kunst: zugleich die ars der classischen Römer. Nur aber muß sie, wie von diesen, zugleich am materiell rechten Gegenstande angewendet werden: am real lebenden und geltenden, nicht an einem zum Theil utopischen naturphilosophischen oder antiquarischen Rechte! — Ist diese formale Kunst denn nicht in der That auch hinreißend schön? Wir werden unten (§ 5 III, 2 c) näher zeigen müssen, mit wie bewunderungswürdigem Baue der Rechtsorganismus, gleich jedem anderen Organismus: des Menschen, der Pflanze ꝛc., zunächst in mechanische (geschichtliche) Bestandtheile zerfällt, welche sich im Rechte wie Gattungen (Sachen-, Obligationenrecht ꝛc.) und Arten (specielle Institute) scheiden. Wie aber diese wieder innerlich von organischen Bändern und Adern, theils festen, theils flüssigen Bestandes, nämlich von theils festem geschichtlichen, theils flüssigem naturrechtlichen Inhalte generell, welche im Rechte als allgemeine Principien auftreten, durchzogen werden, welche sich in den einzelnen Instituten gleich Nervenbündeln und Venen zu kleineren speciellen casuistischen Rechtssätzen verästeln und so das Beleben und sich Bewegen des Körpers mit der sich bewegenden Geschichte ermöglichen. So allerdings muß jede einzelne Frage des Lebens und der Praxis des Rechts, vom Faktum losgelöst und mit technischen Namen ausgestattet, formell schon nach den Formen der lebenden Rechtsquellen geregelt werden; nur aber so, daß das lebende Recht nach Römerart nicht aus der Regel, sondern umgekehrt die Regel nach den quellengemäßen Produkten des realen Lebens gebildet wird! Solche wunderbare frühere classische Formen der formalen regula der antiken Römer nun absorbieren auch noch die ganzen Gedanken unserer heutigen historischen Doktrin in ihrem Begriffshimmel, als ob sie jetzt noch gegeben wären. Ueber der schönen Form sehen sie gar nicht, daß es auf der realen Erde jetzt diesen schönen Formen an realer materieller Wahrheit gebricht!

Digitized by Google

Eines eben übersehen hiebei diese doktrinär classischen Naturphilosophen und geschichtlichen Antiquare: Eine tiefere Grundwahrheit einer Erfahrung bleibt ihnen so verhüllt! Die: daß jedes solches wirklich geltendes und so reales Recht, welches sich im Leben bewährt, wie das altdeutsche, das heutig praktische ꝛc., und sei es noch so primitiv, naiv oder roh, ein materiell wohl geordnetes, weil organisch gleichfalls lebendes System, von jeher schon in seiner Wiege mit auf die Welt bringt; sonst könnte kein solches Recht „leben"; es müßte sich zerreiben: Infolge seines Systems lebt es immer wieder, wenn auch dies System noch unbegriffen und noch undargestellt ist, wie das jeder neuen Pflanze und jedes neuen organischen Menschen mit neuem Geiste und neuem, theils vollendeten, theils leidenden Körper. Man übersieht also, daß es nicht einerlei ist, ob wir das Rechts-System irgend einer anderen Nation aus anderer Zeit und anderem Orte formal vollendet darstellen, z. B. ein vergangenes römisches, oder umgekehrt: ein heutiges, ob wir so ein örtlich lebendes unserer Heimath oder ein solches von Thule vor uns haben! Unser lebendes real geltendes Recht vielmehr, welches jetzt vielleicht dem Begriffshimmel einer Doktrin noch als ein ungeordnetes Chaos erscheint, muß ebendeshalb nach diesem seinem lebenden Systeme nach Römerart schulgerecht durchforscht werden. Dann finden sich in ihm, nach langem Schleifen, gewiß dieselben Diamanten, wie im classischen Rom. Nur müssen sie zuvor erkannt, begriffen werden: Aber hinter all dem Großen liegt Schweiß! Die Arbeiten vor Jahrtausenden bargen zudem dereinst allerdings diese Geheimnisse des Schleifens und Construierens in sich. Zum Theil Puchta, Gerber, Ihering (nicht Savigny's Subsumtion) hat sie uns erst großentheils wieder entdeckt. Diese müssen wir auch am rechten Orte, an den realen Bewegungen des Lebens, unseres Rechts, an den Neubildungen namentlich von der zumeist noch ungeschliffenen Art des § 2 I 2 verwerthen, um neues und altes in unserem heutigen Rechtsorganismus nebeneinander Lebendes schulgerecht wieder zu einem einheitlichen organischen Systeme zu vermählen. Das allein ist Classicität: für uns! In dem unscheinbarsten, rohesten mittelalterlichen Schöffenspruche mochte dereinst manch' solcher Edelstein, ein neues, noch heutzutage lebendes, höchst werthvolles materielles Princip, noch ungeschliffen, zum ersten Male entdeckt worden sein. In den Präcedenzfällen eines Verkehrslebens Italiens, Englands ꝛc. gleiche Edelsteine; wichtige Handelsrechtsinstitute und Formen: die Tratte bis zu den Warrants und Checks herab. An deutschen Juristentagen mögen wichtige lebende Tagesfragen und Principien der Gegenwart ausgetragen worden sein. Dieses, den Quellen gemäße, lebende Recht adoptiert und spiegelt alsdann in einer realen unbewußten Geltung das heutige Präjudiz oder der heutige Gesetzgeber. Diese viva vox eines heutigen Lebens des Rechts also müssen wir unmittelbar aus dem Leben nach Römerart in ein classisches, quellengemäßes System fügen, wie in unserem Vorwort und unserer Ein-

Digitized by Google

leitung angedeutet und dort schleifen: Dann ist classische Form und classischer Inhalt vereint (§ 3 II A 1, S. 269 ff.).

Beispiele, wie eine Jurisprudenz von jeher in „Formen" allein schon das gegebene Recht ersah und so das reale Leben des Rechts verkannte, zeigt jedes Recht. — So gestaltete sich bei den Römern dereinst ein neues, späterhin weltbeherrschendes Verkehrsrecht seit dem 6. Jahrhunderte, etwa seit der lex Aebutia etc.: das gemeine römische jus gentium. Selbst die praktischen Römer erkannten da als »jus« nur ihr altes jus civile, die alten Formen, und verkannten anfänglich in Einzelnheiten, daß dies neue seinem „Inhalte" nach auch ein „Recht", eben eine Neubildung und Construktion war: sie identificierten es noch lange mit einem bloßen „Faktum". Noch jetzt sind ja im römischen Rechte die Begriffe von actio in »factum«, formula in jus und in »factum« concepta, possessio »facti« etc. erhalten! Schon aber in ihnen bezeichnet factum nichts anderes, als eine Neubildung für ein leibhaftiges „Recht", eine Angehörigkeit eben an das »jus« gentium. (V. des Verf. „Grundlagen einer Geschichte der röm. possessio, Erlangen, Deichert, 1884, § 16 S. 202 Note 24, § 4 S. 99 Note 52.) — Dieses Nichtverstehen des Erkeimens eines neuen Rechts infolge von Neubildungen seines Lebens und diese Bevorzugung der Form ist auch speciell unter der Herrschaft einer historischen Schule noch fortwährend in Bezug auf Gesetzgebung (cf. § 9 Ziff. 2 unten) wie im positiven Dogma wahrzunehmen. Die unrichtige Bezeichnung beispielsweise des römischen Doppeleigenthums possessio schon, dieses in bonis wie plus juris der Interdikte und der Publiciana etc., welches auch noch „durch" Faktum: corpore et animo domini entsteht, wirkte, durch den falschen Ausdruck der Römer verleitet, auch in unserer ganzen historischen Schule, namentlich bei Savigny noch, fort. Das heutige Detentionsrecht wieder der früheren Markgenossen und jetzigen Realgemeinde, des Besitzers unter suspensivem Eigenthumsvorbehalte ꝛc., ein veritables »jus« in re, das dingliche Recht, eine fremde Sache auf die Dauer einer causa des Pfandes ꝛc. innezuhaben, konnte Savigny gleichfalls nicht construieren; auch er kannte nur antike „Formen" als Recht! Was man nicht declinieren konnte, das sah man als ein Neutrum an! Flugs bezeichnete er auch dieses als „Faktum" und subsumierte es noch überdies unter die römische possessio animo domini; d. i. er ertödtete es so, weil es eben keinen animus domini haben darf! In den ersten Auflagen seines Rechts des Besitzes nämlich bezeichnete Savigny die zusammengeschachtelten Rechte possessio und Detentionsrecht nur als Faktum, später als Faktum und Recht zugleich, obwohl doch das Faktum für sich allein im Recht gar nichts zu thun hat, sondern jedes Recht nur aus Faktum, aus Besitz, thatsächlichem Vertrag ꝛc. entsteht und eine Abstraktion vom Faktum ist! — Andere Beispiele von Ueberschätzung der Form in unserer Doktrin sind: Savigny leugnete den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung als Cunktator, weil wir der

Digitized by Google

Form der classischen Römer noch nicht gewachsen waren. Davon aber, wie das Recht sich materiell über seine gesammte Vergangenheit hinausbewegt, hatte er keine rechte Vorstellung. (Beruf unserer Zeit ꝛc., Abschnitt 7.) Er suchte also jede materielle Entwicklung zu hintertreiben! — In den 1860er Jahren beurtheilte eine Recension eines deutschen Professors einen Gesetzentwurf danach, ob sein System dem eines Lehrbuches entsprach! Diese Form war ihm das ganze Wesen des Rechts! Er wußte gar nicht, daß ein Gesetzbuch, nach Savigny's eigenen Worten, gar nicht ein formales, sondern nur ein materielles System bedarf, d. h. daß sich seine Bestimmungen nur materiell nicht widersprechen dürfen, und daß die formale Anordnung erst Sache einer Theorie, des Professors ꝛc. ist. Z. B. das römische corpus juris hat gewiß ein materiell hochvollendetes System in sich, trotz seiner formal ungenügenden Legalordnung und des formalen Zerrissenseins seines Inhaltes in Institutionen, Pandekten, Codex und Novellen! — Dogmatisch athmet uns Praktikern, vielleicht abgesehen von Savigny (§ 3 II A), auch noch in der Geschichte des sonst verdienstvollen Historikers Stintzing vom Jahre 1880 eine ganz andere Rechtsanschauung entgegen. Was soll man dazu sagen, wenn ein Stintzing (in seiner Geschichte der d. Rechtswissenschaft 1880 S. 102 f.) noch besagt: Die, auf formalen „Urkunden" ruhende! Wissenschaft fordere Exegese. Ruht schon vor allem ein lebendes geltendes Recht auf der „Form" der Urkunde (§ 1, 5 III b), nicht auf einem materiellen Leben und sich Bewegen des Rechts, für welches die Urkunde nur die formale Copie, der jeweilige Spiegel sein kann? Ferner ebenda: Die „wissenschaftliche Neubelebung" der Glosse beginnt mit der exakten Methode der Exegese! Ist Belebung einer Rechtswissenschaft exakt: die Exegese des formalen Buchstabens, nicht ein Gehorchen gegenüber dem materiellen Leben, welches die Rechtsquelle formal regelt? Dann S. 522: Der Gegensatz zwischen Praxis und Theorie werde „im wesentlichen auf „die Ursache zurückzuführen sein, daß jene die Rechtssätze in concreter „Gestalt als einzelne!! mit Bezug auf ihre Wirkung im Leben betrachtet, während diese sie in abstrakter Form als Theile eines „historischen und systematischen Ganzen zu begreifen sucht"!! Nichts weiter?! Die Methode der Praxis wäre hienach nicht das Begreifen eines materiell sich bewegenden Rechtslebens und das Begreifen ihres Principes und ihrer Schule! sondern die bloße Casuistik? Wehe aber dem Praktiker, welcher auch bei Feststellung einer blos casuistischen Partikel nicht sein System erfaßt: Sofort würde ihm die Nothwendigkeit einer petitio »principii« entgegentreten; stets würden ihm so auch Widersprüche im Einzelnen nachzuweisen sein! Der Praktiker vielmehr, welcher einen casuistischen Rechtssatz ausspricht, muß ebenso im Zusammenhange mit dem lebenden Principe des Systems und seiner Schule stehen, wie umgekehrt der Theoretiker, welcher ein System schreibt, im Zusammenhange mit den, in eine Casuistik auslaufenden Consequenzen seines Princips! Auch ist es ja gewiß nicht richtig, daß



Digitized by Google

ein wissenschaftlicher Praktiker, welcher das Leben des Rechts verfolgt, keiner Geschichte bedarf! Auch er muß genau wissen, ob und warum eine „geschichtliche" Entwicklung je eine Abweichung von der fundata intentio des römischen Rechts gestattet! Aber nicht blos die abstrakte Form eines historischen Systems ist es, was der Praktiker so kennen muß, sondern auch der Inhalt des Systems, des materiell zum Theil anderen, heutigen Lebens des Rechts, dessen Darstellung und Spiegel ebendeshalb infolge der Bewegung der Geschichte heutzutage ein materiell theilweise anderer sein muß, als der antike römische ꝛc. einer Vergangenheit; und seine Thätigkeit ist so nicht blos eine receptive, sondern auch eine produktive Abstraktion des materiellen Lebens! Eigenthümlich endlich muthet uns daher die weitere Annahme Stintzing's S. 125 an: Wegen der „praktischen"! (zudem eine Zeit von 6—8 Jahren zur Ausbildung beanspruchenden) Richtung des mos Italicus habe in dieser Italienischen „Praxis" bei den Nachglossatoren Italiens keine systematische Methode zur Ausbildung gelangen können, nur eine casuistische!! Wäre das damalige praktische Recht bereits ein wissenschaftliches gewesen, wie das römische, was hätte es hindern können, das damals materiell lebende Recht schon in der gleichen Zeit auch formal systematisch zu lehren? Hätte ein System nicht sogar seine Lehre erleichtert? Wie gezeigt, lebt ja ein System materiell in jedem real lebenden Rechte, unwillkürlich, anfänglich unbewußt: es ist mit ihm geboren! Nur ein Mangel einer ausreichenden Wissenschaft war es daher, daß nicht auch schon die damaligen theoretischen Praktiker diesen mos Italicus, statt blos casuistisch, auch systematisch zu lehren verstanden. Denn jedes später lebende, praktische Recht eines anderen Volkes muß so auch ein zum Theil anderes System haben, als das vergangene römische: mit zum Theil anderen materiellen Principien und casuistischen Lehren, wie mit zum Theil anderen formalen Begriffen; kurz mit anderer materieller wie formaler Construktion! Dies andere System in seinem Grundprincipe, in seiner anderen Schule zu finden, ist ja gerade die Aufgabe einer besseren realistischen oder praktischen Wissenschaft! — So aber schätzte die historische Schule bis in die letzten Jahrzehnte nur die „Form", ohne den Werth des Inhaltes durchgehends und ausreichend zu begreifen! —

b) Unsere Praxis umgekehrt schätzt — entgegen der extremen Werthschätzung der Form seitens unserer Doktrin — mit dem Rechtsleben nur den materiell wahren Inhalt des Rechts! Ihr, wie dem rechtsuchenden Laien sind zum Theil leider formale Systeme, Begriffe ꝛc. vollständig gleichgiltige Dinge: sein materiell wahres Recht allein will der Mann aus dem Volke! Im Gegentheil, haben beide, Volk und Praxis, mit der allzugelehrten, in einer ganz anderen Zeit und an einem anderen Orte stehenden römisch-antiquarischen Rechtswissenschaft schon allzuviele Conflikte gehabt, und zuviele Rechte hat so eine unverdaute Uebergelehrsamkeit dem Leben schon entziehen

Digitized by Google

wollen! Die Praxis ist deshalb vielfach ganz zufrieden: mit ihrem casuistischen Präjudiz; sie mißtraut jedem, sie haßt das Princip (§ 3 II C; § 4 a. A. ꝛc.), bisher haßt sie zum Theil vielleicht noch selbst ein praktisches Princip! Die Parole des Lebens aber ist so: Lieber eine materiell wahre Entscheidung aus einer, noch so rohen, formlosen Umhüllung eines Präjudizes, Schöffenspruches ꝛc., als ein unwahres, ertödtendes Recht, welches dem Volke aus formvollendeter, scheinbar krystallklarer Schale eines Princips und Systems kredenzt wird. Und der Praktiker kann dann doch auch nicht um der schönen Augen einer bloßen Copie einer jetzt verstorbenen Jungfrau Justitia Roms allein willen, oder nicht als realer Freier um der Wirthin Töchterlein freien, welche er auf der Universität treu geliebt, und welche jetzt auf der Bahre liegt. Er bedarf reales, quellenmäßig berechtigtes, jeweilig lebendes Recht zum praktischen Haushalte: Hat er kein anderes reales lebendes Recht, als das Präjudiz, ei da bleibt er eben bei diesem Präjudize, statt bei der Romantik!

Freilich ist auch dies Haften an bloßer Casuistik, diese Verachtung aller Form und Theorie ein *Extrem*! Denn auch die Casuistik des Präjudizes und Weisthums muß concludent mit einem höheren Principe zusammenstimmen und darf anderen Präjudizien nicht widersprechen, wenn sie wahr und durchsichtig, wenn sie der Kritik zugänglich und consequent sein soll: Gleichviel ob der Praktiker und Schöffe auch dies Princip stets kennt!

c) Da also bedarf es einer Besserung auf beiden Seiten unserer Theorie und Praxis. Eine reale *praktische Wissenschaft* wie eine wissenschaftliche Praxis wird dereinst einheitlich die bisherigen Extreme einer historischen Schule und der bisherigen Praxis, diese Vorzüge und Werthschätzung von Form und Inhalt zugleich vereinigen müssen, wie dereinst eine praktische römische Jurisprudenz: sie wird reales, lebendes Recht zugleich formal vollendet construieren müssen! Ja noch mehr; auch noch etwas, was die Römer noch gar nicht bedurften. Denn diese durften unbekämpft reales praktisches Recht zu einem Systeme construieren. Wir armen deutschen Praktiker aber müssen erst die Principien einer Schule vorlegen und rechtfertigen, damit dereinst auch wir reales praktisches Recht schulgerecht zu einem wissenschaftlichen Systeme construieren dürfen, um nur dereinst über den Wust unserer formlosen Präjudizien und unsere, immer mehr und mehr anwachsenden Bände von Präjudiziensammlungen nach Römerart Herr werden zu können, und sie dereinst nach Römerart in ein System zu vereinigen; klarer noch, als unser Uebergangsjurist Windscheid, welcher hintenher den Buchstaben des Präjudizes adoptiert, dasselbe aber vorne, in Princip und Schule, noch fanatisch bekämpft (§ 3 IV 4)! Solche damals geübte Grundgesetze hat seinerzeit Rom weder theoretisch bedurft, noch vollständig aufgestellt: Weil es nicht bekämpft wurde! Wir aber müssen versuchen, sie zu vervollständigen (§ 1, 5 III a E. § 6), *weil* uns aprioristische Doktrinen bekämpfen; weil diese bei uns seit



Digitized by Google

der Glosse andere Principien und anderes Recht vertreten und sich so von Leben und Praxis gespalten haben! Erst durch eine solche bessere realistische Schule wird es zu erreichen sein, daß Theorie und Praxis vereint nach bewußten Grundgesetzen die ungeschliffenen Edelsteine auch unserer Präjudizien von faktischer Zuthat und dem Schlamme von Jahrhunderten reinigt und abschleift, so daß auch sie dereinst den Gemmen und Jubelen des römischen juris consultus gleichen können!

Mit dieser Beachtung des „Lebens" des Rechts wird alsdann auch eine unabhängige Rechtsprechung unserer Gerichte sich vielleicht selbst den materiellen, ethischen Vorzügen einer unmittelbaren Erfassung des Lebens des Rechts durch unsere Volksgerichte nähern können, welche eine bloße Rechtsprechung nach den Grundsätzen einer historischen Schule und ihres Rechts einer gesammten Vergangenheit nie gerecht werden könnte, ohne doch die Vorzüge der Form deshalb missen zu müssen! Eine Volksjustiz nämlich, wie das, in den Volksversammlungen Roms rechtsprechende Volk, dann der judex des klassischen Rom, der Schöffe des Mittelalters, der Handelsrichter, Geschworene oder Schöffe der Gegenwart, (wenn diese nicht eine bloße Lynchjustiz ꝛc.), hat eben gegenüber einer blos gelehrten Theorie und Praxis, namentlich einer historischen Jurisprudenz, den eminenten Vorzug voraus, daß sie aufmerksamer die thatsächliche Seite (Einleitung 1, II) des materiellen Lebens des Rechts und seine Bewegungen, namentlich der Rechtsgewohnheiten, Usancen des Volkes beobachtet und kennt, während sie anderseits auch mehr den Nachtheilen der Form verfällt: dem Nachtheile, daß ihre Entscheidungen im Civilrechte wegen ihrer Unkenntnis eines Systems mehr Schwankungen, wegen Unkenntnis des Gesetzes und der Rechtsquellen überhaupt einem Prävalieren einer bloßen Billigkeit ꝛc. unterliegt!

Wird aber so unsere gelehrte Jurisprudenz selbst jetzt endlich entwöhnt, nur mehr in dem ausgegrabenen Buchstaben des alten Rechts einer „gesammten Vergangenheit" einer historischen Schule ihr materielles Recht zu suchen, erfaßt auch sie wieder das Leben des Rechts aus seinen Rechtsquellen unmittelbar, wie eine römische Jurisprudenz, während sie lebte, versteht sie an Stelle der gelehrten bloßen Phrasen „Geschichte oder Naturrecht" exakter mittels der technisch begriffenen Resultate der lebendigen Rechtsquellen: des noch gegebenen Gesetzes, der lebenden Gewohnheiten und subsidiär der inneren Gründe zu rechnen, ohne am leblosen Buchstaben der Schrift und der Urkunde der historischen Schule allein hängen zu bleiben, dann kann es kommen, daß sich in dieser Beziehung einzelne Vorzüge einer Volksjustiz: die Erfassung des Lebens des Rechts, auch einer, in einer wahren wissenschaftlichen Technik geschulten Jurisprudenz mehr und mehr mittheilen, daß letztere somit diesen einen materiellen Vorzug einer unmittelbaren Volksjustiz einigermaßen mit den Vorzügen der Form einer gelehrten Jurisprudenz vereinigen wird!

Digitized by Google

So erklärt sich auch das bisherige Bestehen unserer Sammlungen des Präjudizes als eines einstweiligen, scheinbar „formlosen" Reservoirs eines materiell „lebenden" Rechts an Stelle einer realen Wissenschaft. Hat nämlich die Praxis nicht Zeit, ist sie nicht sofort selbst im Stande und ist sie, wie bisher, nicht sofort von einer praktischen Wissenschaft, Litteratur ꝛc. unterstützt, sondern auch noch geradezu gehemmt, ein neues, materielles, im Leben werdendes Institut von der Art des § 2 I, 2 sofort durch technische Construktion correkt in ein formales System einzureihen und dies historisch zu durchleuchten und zu erklären, so schützt sie dies lebende materielle Recht von jeher einstweilen: durch Aufnahme des Rechts in ihr formloses Präjudiz. Die Art dieses Schutzes war von jeher da; bald als das römische Fragment, das formlose responsum prudentis etc. im älteren Rom; bald als das Weisthum, die Schöffensprüche des Mittelalters, bald als der englische Präcedenzfall und das Präjudiz des Continentes der Neuzeit. Diese Form nun ist gewissermaßen nur die vorläufig schützende „Schale eines materiell befruchteten, keimenden Samens". Schirmend schmiegt sich diese schützende, harte, vielleicht noch rohe Schale um die „Materie" des befruchteten, noch schwächlichen Keimes eines neuen Rechts! Sie verhütet nur vorläufig, daß andere starre, todte Körper durch ihre rauhe äußere Einwirkung diesen zarten lebenden Keim in seinen ersten Regungen blind schädigen, ersticken und zerstören! Diese Form aber schützt den, „inhaltlich" schon berechtigten und sich von selbst entwickelnden Keim gegen die Unbilden einer äußeren Umgebung nur zeitweise; nur solange ihm nicht durch eine Form einer einsichtigen, seinen materiellen Werth erkennenden Jurisprudenz, durch System und Technik einer praktisch-positiven Wissenschaft ein berechtigter Platz auch in einem formalen Systeme einer Theorie bereitet ist; bis er so nach Form und Inhalt zu festem Holze verhärtet, sich selbst zu einem mächtigen, allseitig anerkannten Baume entfaltet hat, und in dieser reifen Form in strotzender Kraft selbst dem äußeren Ankämpfen Widerstand, dem Rechtsleben aber Schutz und Früchte bietet. Eine lebendige Technik bietet für unser materiell lebendes System und seine einzelnen Institute demzufolge allein erst den Weg, auf welchem das sich geschichtlich bewegende und werdende positive Recht des bloßen Präjudizes dereinst, wie in Rom, einer classischen Vollendung nähern, einer Vermählung von Form und gegebenen materiellen Inhalt zugeführt werden und erstarken kann. — So allein werden auch wir unser materiell lebendes Recht wieder zu einem classischen gestalten können; nicht aber, indem wir mit der historischen Schule blos die abgestorbenen Formeln des dereinst classischen römischen Rechts von neuem galvanisieren! — Darin also, in der Vereinigung von Form und Inhalt, liegt die Einigung von Leben und Wissen, welche eine wissenschaftliche Theorie und eine wissenschaftliche Praxis zu erstreben hat! —

C. Werth des lebenden praktischen Rechts und Werthlosigkeit

Digitized by Google

wie das Unterliegen der bisherigen romantischen historischen Schule *außerhalb des* sog. heutig römischen *Civilrechts*: — Internationales Recht; Germanisten; Oeffentliches Recht: Strafrecht, Prozeß, Staatsrecht, Kirchenrecht.

a) Noch immer schwebt den Lehrern unserer historischen Rechtsschule die Idee vor von der classischen Höhe einer „*internationalen* römischen" Rechtswissenschaft. (Wir meinen natürlich damit nicht die Wissenschaft, welche sich neuerdings als internationale bezeichnet; welche von den früheren Lehren über Statutencollisionen ausgehend etwa die Rechte der Fremden im Auslande darstellt. Regelsberger, Pand. I § 39 ff. Auch diese verfolgt ja praktische Zwecke.) Man glaubt vielmehr, mit der Pflege des antiken reinen römischen Rechts könne eine Doktrin auch heute noch, wie dereinst eine Glosse in Bologna, ein internationales Weltrecht und sich internationalen Weltruf begründen, ihre Hörsäle füllen und als Doktrin an die Spitze der Cultur treten. — Ein solcher *internationaler* Weltruf nun ließe sich wohl heutzutage *nur* durch ein vollendetes Erfassen des *lebenden praktischen* Rechts nach classischer Römerart erreichen, welche das *jetzt sprossende Rechtsleben* quellengemäß, und mittels System und Technik, classisch zu beherrschen vermag.

Die Zeiten sind aber wohl für immer dahin, in welchen bequeme, suffisante Pflege eines abgelebten, dereinst classischen römischen Rechts durch ein billig erkauftes sich Schmücken mit fremden Federn allein die Hörsäle der Universitäten füllte: Es sei denn, daß das Rad der Zeit durch Unterjochung unter äußere oder innere Barbaren wieder einmal rückläufig und unsere eigene Cultur wieder erstickt würde! Warum dies der Fall? Das Präponderieren eines classischen antiken Rechts war, wie schon erwähnt, nur im Mittelalter und später noch insolange möglich, als dieses antike römische Recht mit seiner Wissenschaft, mit seiner aufgespeicherten Erfahrung noch immer unserem Schöffen- und sonstigen praktischen Rechte weit voraus war! Eine gleiche Beherrschung der Gegenwart durch dies vergangene Recht ist jetzt nicht mehr möglich, sobald diese Gegenwart einmal erkannt hat, daß in ihr ja zum Theil ganz andere äußere Verhältnisse, Ueberzeugungen und ein fortschreitendes Begreifen gegeben ist, als das antike, welches bereits zu einem theilweise anderen Rechte geführt hat (§ 2 I 2; § 2 II a); sobald sich eine Gegenwart überzeugt, daß diese unsere eigenen reichen Neubildungen des Civilrechts von der Art des § 2 I 2 heutzutage umgekehrt schon vielfach sogar das Produkt des Rechtslebens auch aller anderen modernen Culturnationen sind; daß diese, nicht die antiken, so, wenigstens in ihren allgemeinen Begriffen längst nicht mehr ein nationales allein, sondern auch längst bereits ein unbewußt lebendes, *internationales* Recht der Gegenwart geworden sind! (Z. B. das Besitzrecht des Detentor, welches Germanen, Slaven und Romanen längst zu einem internationalen Weltrechte der gesammten Culturwelt geschaffen; v. des Verf. „Grund-

Digitized by Google

lagen einer Geschichte der römischen possessio 1884" § 4 S. 77 ff.) Auch andere internationale Rechte nun, Neubildungen, werden überall, wie in Deutschland, nicht sofort durch eine klarbewußte Gesetzgebung geregelt, sondern vorerst der Darstellung einer internationalen „Wissenschaft" überlassen, ähnlich einem allgemeinen Staatsrechte ꝛc., bis eine Landesgesetzgebung eingreift; so im Handelsrechte, (neuerdings wieder Checks, Warrants), in der Sozialgesetzgebung ꝛc. ꝛc. Diese internationale Wissenschaft aber wird solche international lebende Rechte wohl in der ganzen Welt, in England, Nordamerika, Frankreich, Schweiz, Italien, bis zu einer gewissen Grenze in einheitlichen Grundzügen vorbereiten und construieren. Durch eine Pflege dieses Lebens des Rechts kann unsere moderne Wissenschaft heutzutage allein eine, über die ganze Culturwelt sich verbreitende, eine internationale, wissenschaftlich vorbereitende wie selbst subsidiäre Gestalt annehmen: Die Gegenwart wird so derjenigen Doktrin allein die Palme reichen, welche, neben einer gediegenen Pflege der positiv fortlebenden Wahrheiten des dereinst classischen römischen Rechts und seiner Geschichte wie Philosophie, auch das Leben der Gegenwart, auch diese Neubildungen des Rechtslebens der Gegenwart am besten und classisch durch ein πανδέχομαι, durch ein einheitliches materielles System, wie durch eine technische Begriffsvollendung zu begreifen und zu beherrschen vermag! So werden auch unsere deutschen Universitäten den anderen Geist unserer Gegenwart erfassen und ihre Ziele erreichen müssen, um im Rechte einen früheren Ruf wiederzuerlangen, nicht schon durch Wieder- und immer wieder Galvanisieren der Antiquitäten des dereinst classischen römischen Weltreichs mittels einer historischen Schule des Rechts einer gesammten Vergangenheit! Die Zeiten einer Glosse, eines Humanismus, eines Savigny ꝛc. sind im Rechte unter normalen Verhältnissen für immer dahin! — — Wir Deutsche werden ebendeshalb allerdings freilich vorerst ein besseres nationales Recht haben müssen, statt unserer bisherigen antiquarischen ꝛc. Doktrin! Haben wir dereinst aber ein solches wahres nationales, dann wird es durch seine inneren Wahrheiten, weil dies lebende Recht vielfach auch in anderen Culturländern erquillt, von selbst internationale Achtung erreichen können. Auch dann noch zwar allerdings wird dies nationale Recht bei fremden Völkern nie unbedingt unmittelbar anwendbares „positives" Recht werden können: Denn es ist ja Grundgesetz alles geschichtlichen positiven Rechts, daß es an „Ort und Raum" gebunden bleibt (§ 6 I d; § 1, 5 III a. E.). Aber ein vollendet erkanntes, heutzutage geschichtlich lebendes Recht wird, wie dereinst das römische Weltrecht — bei gleichen modernen Rechtsfragen wie ein Weltmeer, welches mit den einzelnen nationalen Strömen in Verbindung tritt — den Rechtsverkehr von Nationen zu Nationen vermitteln und erleichtern. Das ist der internationale Werth eines wissenschaftlichen praktischen Rechts: im Privat- wie im öffentlichen Rechte für heutzutage! — —

b) Romanisten, Germanisten, Praktiker. — Der Werth

Digitized by Google

eines praktischen Rechts wird u. a. auch darin beruhen, daß es dereinst vielleicht die historischen Gegensätze der Romanisten und Germanisten im positiven Dogma wie in der Gesetzgebung vereinigen muß! Noch bei Beurtheilung unseres deutschen Civilgesetzbuches traten diese alten Gegensätze zwischen Romanisten und Germanisten hervor. Jene wollten römische, diese germanische Institute bevorzugt wissen. Das positive Recht und eine wahre Gesetzgebung aber kennt mit dem Leben und der Praxis einen solchen Gegensatz nicht, ausgenommen in dem Erfassen des Gedankens der vergangenen Geschichte des Rechts! Im positiven Dogma vielmehr kann es sich nur darum fragen: Welches Recht gilt, lebt real auf Grund der, allein entscheidenden positiven Rechtsquellen, Gesetz, Gewohnheit ꝛc.? Gleichviel, ob es aus Rom oder Rhodus und Griechenland, aus Deutschland und Frankreich, von den Slaven, gleichviel, ob das Institut des Wechsels aus dem späteren Italien, Warrants, Checks aus England erst eingeführt, gleichviel, ob die Entstehung des Rechts alt und neu: nur die Geltung muß den Quellen der Gegenwart entsprechen! — Ebenso aber auf legislativem Gebiete! Auch da fragt es sich ja nur darum: ist es geschichtlich wahr, lebensfähig, brauchbar, was der Gesetzgeber spiegeln will; und: was ist das beste Recht? Gleichviel, ob es China oder Indien ꝛc. entstammt! — So nimmt die Praxis in Dogma und Gesetzgebung, wie etwa die Kunst, Technik ꝛc., das gegebene und berechtigte Recht: wo sie es findet; wenn es nur real und unwillkürlich den Quellen entsprechend lebt. — So mußte es aber ebendeshalb längst Herzensbedürfnis für den Praktiker, wie für den Verf. seit 1860 und 1865 sein, auch diese Gegensätze unserer Uebergangsjurisprudenz durch ein drittes lebendes praktisches Recht praktisch wahr zu versöhnen: Das Recht ist ein organisch lebender Körper mit einheitlichem Systeme; wie sollte es da möglich sein, von zwei Körpern oder Systemen, von einem römischen und germanischen im Ernste länger zu sprechen; anders, als zur Arbeitstheilung der Lehrer! Möge auch diese Gegensätze die kommende deutsche Civilgesetzgebung heilen! Selbst in seiner Motivierung ist ja die heutig lebende Rechtskunde, gleich jeder anderen Wissenschaft und Kunst nothwendig international und kosmopolitisch, wie das römische jus gentium! Denn die positiven Gründe, welche ein mittelalterlicher Schöffenspruch wie ein responsum des römischen juris consultus, die Gründe eines Präcedenzfalles, welche eine neu auftauchende Rechtsfrage im Handelsrechte, im Genossenschafts-, Arbeiterversicherungs- oder sonstigen Rechten irgendwo in England, Amerika, Frankreich, Italien ꝛc. überzeugend und wahr, in Ermangelung von heimischem Gesetz und Gewohnheitsrechte nach inneren Gründen, entscheiden: sollten diese nicht auch uns überzeugen müssen, wie umgekehrt: unsere Gründe das Ausland? Die maßgebende Frage darf also heutzutage doch wohl nur die sein: lebt dieses Recht? Erst in zweiter Linie, erst etwa da, wo positive und legislative Gründe uns ganz im Stiche lassen, da

Digitized by Google

könnte und darf eine Vermuthung eintreten, daß das, bei uns entstandene, ausgebildete und trotz eines Gegensatzes des römischen sich bewährende germanische Recht, wo es nicht blos lokaler Natur ist, auch unseren heutigen Verhältnissen mehr entsprechen werde, als das importierte Fremde! Wir haben zwar auch schon (soeben erst unter a, cf. § 6 I d) gesagt: das Recht ist ein nationales; es ist dies sogar das räumliche Grundgesetz alles lebenden und praktischen Rechts, wie einer praktischen Schule! Aber dies betrifft doch nur die Geltung, nicht die Entstehung des Rechts, und das ist ja eben der Fehler unserer historischen Schule, daß sie die Fragen der Entstehung und Geltung des Rechts verwechselt (z. B. § 2 II b α S. 207 ꝛc.): denn es kann ein Recht bei uns entstanden sein und doch nicht gelten, ein anderes aber gelten, welches bei uns nicht entstanden!

So werden aber unsere Germanisten, wie schon zu § 2, I, 1 S. 190 f. bemerkt, wohl künftighin nach anderer Seite entscheidendere Farbe bekennen müssen: welcher sachlichen Schule sie angehören; weil eben für das Gelten nicht die Entstehung des Rechts und nicht der Ort allein, sondern auch „Zeit und Leben" eines Natur- und geschichtlichen Rechts im Grundprincipe entscheidet (§ 6 I, § 1, 5 III). Denn bis jetzt gehören unsere Germanisten: bald einer Naturrechtsschule (z. B. Runde), bald einer älteren historischen Schule (Eichhorn, Albrecht ꝛc.), bald, wenn auch vielleicht noch unbewußt, einer mehr praktischen Schule an, welche das Leben des Rechts aus dessen Quellen erfaßt und so zwischen Geschichte und Naturrecht vermittelt, sogar auch bereits materiell construiert (Bluntschli, Gerber, Stobbe). Nur aber der Richtung wird dereinst die Palme zuzuerkennen sein, welche dies gegebene, quellengemäße Leben auch bewußt und exakter zu erfassen weiß. Deshalb wird ein positiv lebendes und praktisches Recht unserer realen Wirklichkeit: einer bisherigen, nur zu Lehrzwecken gegebenen Scheidung von Romanisten und Germanisten allein künftighin überhaupt kaum mehr einem materiellen und principiell entscheidenden Einfluß auf die heutige Rechtsdarstellung an sich schon gestatten dürfen! Das Leben und der fortwährende Stoffwechsel dieses Lebens des Rechts vielmehr, welcher sich innerhalb eines jeden organischen Lebens und Rechts zeigt, hat auch in diesem unserem lebenden Rechte und seiner Praxis die früheren römischen wie altgermanischen Elemente mit völlig modernen Stoffen längst zu einem neuen, organisch leben-den, einheitlichen, pragmatischen Organismus verschmolzen und gewissermaßen zu einem „andern" Rechte „specificiert", welches positiv gewordene Geschichte ist! Mögen deshalb jene früheren historischen, nicht positiven Unterscheidungen gleichfalls endlich fallen, soweit sie die Rechtsgeschichte überschreiten!

c) „Außerhalb des Civilrechts". — Aber noch weiter werden uns die Consequenzen des positiven Werthes einer praktischen Rechtsschule und ihres Grundprincipes tragen: daß das Recht „lebt": selbst über das Gebiet des Civilrechts hinaus! Auch allerorts außerhalb

Digitized by Google

des Civilrechts nämlich werden unsere drei Grundfragen allen Rechtes wiederkehren: Ob Vernunftphilosophie einer Naturrechts-, ob vergangenes Recht einer historischen, oder ob geschichtlich lebendes Recht einer praktischen Schule real und berechtigt gilt, welche das geistige Schaffen des Naturrechts mit der vergangenen Geschichte suo loco verbindet? Und gerade außerhalb des Civilrechts ist eine, jetzt doktrinär herrschende historische Rechtsschule nirgends zu dauernder Herrschaft gelangt. (Stahl, Vorrede zur 1. Aufl. seiner Geschichte der Rechtsphilosophie; Bekker, Jahrbuch d. g. d. Rs. I, 1857, S. 9 u. f. ꝛc.) — So wird aber die Schule unseres praktischen Civilrechts und die, durch dieselbe zu erstrebende Einheit zwischen Wissen und Leben wieder nur als vereinzelter Ausfluß einer realen höheren Weltordnung und ihres Grundprincips erscheinen, welches allerorts, in jedem Rechte und Sein unwillkürlich mit uns geboren ist, lebt und sich bewährt! — Doch werden wir freilich an Thema und Titel unserer Untersuchungen festhalten müssen, und die Rechtswelt außerhalb des Civilrechts kaum ausreichend berühren, sondern höchstens beispielsweise und vergleichend streifen dürfen: Denn unser Thema wie Titel verspricht die Ermittlung: der Schule und des positiven Lebens unseres Civilrechts! —

Schon 1865 in s. prakt. Bedürfnisse einer Rechtsreform ꝛc. hat dies der Verf. berührt! — Im längst praktischen „Strafrechte" beispielsweise: Sollte es da jemals einer Doktrin in den Sinn kommen, mit einer historischen Schule wie im geduldigen, harmloseren Civilrechte zu einer gesammten „Vergangenheit" unserer Nation zurück-, statt zum Leben des Rechts innerhalb unserer Gegenwart fortschreiten zu wollen? Was würde man da zu einem Vorschlage eines aprioristischen Doktrinärs sagen, zum vergangenen klassischen, rein römischen Rechte, zur Carolina, zur Folter, zum Verbrennen der Zauberer und Hexen, zu den Strafarten wie Strafmaßen einer C.C.C. zurückzugreifen? Hier schon hat sich also eine historische Schule, abgesehen von einer Rechtsgeschichte, niemals bewährt, sondern nur eine lebende, praktische! — Vergleichen wir ferner jeden der „verflossenen gemeinen Prozesse"! Eben diese verdankten ja in der That ihre Monstrosität gerade einer historischen Richtung unserer Jurisprudenz seit der Glosse. Wie schon 1865 bemerkt, sollte sich aber doch in jedem Prozesse nur der formale Weg ausprägen, auf welchen wir mit den einfachsten, kürzesten, tauglichsten Mitteln einer lebensvollen Erfahrung das materielle Recht am leichtesten ermitteln, beweisen und zum Siege führen können. Wenn nun aber seit der Glosse eine romantische Schule aufgetaucht ist, wie die historische, welcher es eben nur darum zu thun war, die vergangenen, noch so schwerfälligen, dereinst gemeinen Prozeßformen, Beweisregeln ꝛc. einer gesammten Vergangenheit in ihrer vollen, antiquarischen und unbeholfenen Reinheit zu ermitteln, ohne je einer fortschreitenden Verbesserung der, zum Theil heutzutage völlig werthlosen historischen Formeln zu gedenken, dem geistigen Endzwecke, der Bestimmung des procedere entgegen, welches gewissermaßen

Digitized by Google

mehr administrativer Natur ist, dazu bestimmt, das materielle Recht zu ermitteln: dann läßt sich bemessen, wie werthlos und monströs doch der alte gemeine Prozeß unter der Herrschaft einer historisch-philologischen Anschauung seit einer Glosse werden mußte, und wie dringend es war, daß ein besserer Prozeß auf praktischer Grundlage neu gebildet wurde! —

Dieselbe Unzureichendheit der bisherigen aprioristischen Natur- und historischen Rechtsschulen zeigt sich aber im „öffentlichen" Rechte überhaupt und im „Staatsrechte". Auch hier läßt sich der schädigende Einfluß dieser beiden Rechtsschulen verfolgen, welcher selbst unseren Rechtsstaat zu untergraben droht; und wir dürfen doch, wie schon im Vorworte bemerkt, den lebenden Rechtsstaat wegen der Unfähigkeit früherer Doktrinäre, sein praktisch lebendes Recht zu begreifen, jetzt nicht begraben: denn justitia fundamentum regnorum!

Sollte uns fernerhin im öffentlichen Rechte vor allem ein unbedingtes einseitiges „Naturrecht" leiten dürfen? Nimmermehr! Wir haben die theilweise Unberechtigung wie die Gefahren dieses Rechts schon oben § 1, 5 I kennen gelernt, vergleichbar dem Gifte, welches bald dankenswerth rettet, bald aber tödtet! Wir haben zwar dort gesehen, wie dasselbe als empirisches Naturrecht, als Natur der Sache, welche auf Erfahrung aufbaut, in dreifacher Beziehung theils allerdings berechtigt, theils wenigstens nützlich sein kann: Einmal legislativ, indem es mit Hegel zufällig das Wirkliche oder Reale für vernünftig hält, so zufällig gleichfalls mit dem real lebenden Rechte der Praxis zusammentrifft, und bereits so manches werthvolle Gesetzbuch gefördert hat. Zweitens auf positivem Gebiete; indem es zumeist als subsidiäre, in sporadischen Fällen aber, (namentlich da, wo das Alte beginnt, die gute Sitte zu verletzen, wie z. B. das historische Recht einer Sklaverei, Hörigkeit ꝛc. § 7 A 4, § 6 II B), selbst als primäre Rechtsquelle auftritt. Und drittens als Philosophie, indem es den erfahrungsgemäßen Grund der realen Dinge erklärt. Aber das Naturrecht kann anderseits auch aprioristisch aus subjektiver Vernunft des Einzelnen allein alles Recht neu „machen" wollen, souverän stürzend, ohne empirisch doch dem realen Leben der Geschichte zu gehorchen. Dann ist es Willkür und Utopie eines Doktrinärs, selbst wenn es sich im Staatsrechte in die klingende Phrase, wie Freiheit, Gleichheit und Bruderliebe kleidete. Denn absolute Freiheit ist Anarchie, und diese, blos subjektive Auffassung einer, nicht durch Geschichte und Rechtsquellen geregelten Freiheit kann so eben gleichfalls zu den Uebertreibungen einer ersten französischen Revolution, zur Despotie und Guillotine eines Direktoriums wie zur Anarchie der momentansten Gegenwart, eine Gleichheit kann zu einem utopischen Communismus, eine Bruderliebe zu einem theoretischen, praktisch unmöglichen Socialismus führen wollen! Und jede solche aprioristische Willkür, welche den Erfahrungen einer realen Welt und eines empirischen Rechts nicht gehorcht, wird zwar niemals dauernd bestehen,

Digitized by Google

aber nie ohne vorherige schwere Schädigung aller vorübergehen können!

Oder sollte uns da fernerhin wieder das entgegengesetzte aprioristische Extrem: einer „historischen Schule“ eines gesammten „vergangenen“ Rechts allein und einseitig leiten können? Das Recht eines Savigny, Stahl, Gerlach, Metternich bis zu den Hassenpflug ꝛc. herab? — Dieses stabile, quietistische Recht ist zufolge der eigenen Prämisse der Gründer dieser Schule auch im öffentlichen Rechte falsch; weil jede Geschichte auch da lebt und sich bewegt, und deshalb auch hier das Recht niemals in irgend einer Vergangenheit stillstehen kann, sondern erfahrungsgemäß an der Hand der positiven Rechtsquellen sich bewegt! Zugleich zeigt eine Erfahrung, wie auch dieses aprioristische Extrem wieder rechtsgefährdend und schadenbringend sein kann. Denn wie das aprioristische Naturrecht eine Revolution nach vorwärts, so ist ja diese historische Schule, welche gegen das lebende Recht ein „vergangenes“ Recht mit Gewalt zurückruft, nothwendig eine Revolution nach rückwärts! War so denn nicht schon die erste Begründung der Herrschaft einer historischen Schule, dieses Angstprodukt einer politischen Panik, ein Rechtsbruch und eine Gegenrevolution gegen ein, geschichtlich unwillkürlich bereits begründetes und gewordenes lebendes Staatsrecht? Werden wir nicht später noch sehen, wie im Staate der Gegenwart sich dessen geschichtliche Grundlagen selbst unwillkürlich verändert haben? Wie ebendeshalb auch wir diesen Aenderungen der Geschichte selbst Rechnung tragen müssen; wie diese auch ein anderes Recht bedingen; wie in Folge hievon nach den Befreiungskriegen gegen einen ersten Napoleon die deutschen Fürsten ihren Völkern in der That rechtsverbindlich eine Constitution, ein Mitberathungs- und Zustimmungsrecht der jetzigen Stützen des Staates an Stelle der früheren Stände versprachen. Begründete eine solche „öffentliche Auslobung“, wie schon erwähnt, nicht, selbst civilrechtlich schon, ein „geschichtlich“ wohlerworbenes Recht? Warum nicht auch im Staatsrechte eine geschichtlich lebende obligatio? Diese obligatio hätte nur wieder beseitigt werden können, wenn eine legale Vertretung des berechtigten Volkes hiezu seine Zustimmung gegeben hätte. Im Gegentheil aber wurde sie in den späteren deutschen Fürstencongressen der 1860er Jahre von diesen selbst anerkannt. Und wer hat trotzdem unter den Ersten zum Bruche dieses geschichtlich gegebenen Rechtes aufgefordert, so daß der Staat schließlich mit consequenter Gewalt gegen dies „Recht“ vorgehen zu können glaubte? In Wirklichkeit niemand Anderer, als das Haupt der, im Leben des Rechts unerfahrenen, historischen Schule: Savigny selbst, dessen Rechtsideen so nur die Stahl, Metternich ꝛc. in eine That übersetzten! Klingen denn nicht Savigny's eigene Worte im ersten Programme seiner Schule schon (Beruf unsrer Zeit f. Gesetzg. u. Rechtsw. v. 1814 3. Aufl. 1840 S. 2) höchst vernehmlich darauf an: „Die Sache „trägt doch wieder ihren Zweck und ihre Bestimmung in sich selbst,

Digitized by Google

„die Fürsten können wieder thun nach ihrer Ueberzeugung und ihre „Ehre setzen in das gemeine Wohl“: Das war ja doch nur die Ueberzeugung und die Ehre, welche den Fürsten, in dem Erfassen des Lebens und der „geschichtlichen“ Bewegung wie Entwicklung des Rechts unerfahrene Doktrinäre aufdrängten! Schritt alsdann nicht der, von solchen Doktrinen herbeigeführte Polizeistaat alsbald in der That zu fanatischer Gewalt gegen das leiseste Erstreben des, in obligatione begründeten einheitlichen deutschen Staatsrechts? Oeffneten sich nicht der deutschen Burschenschaft und den Patrioten, welche dies „Recht“ vertraten, alsdann fruchtlos die Kerker dieses Staates in Deutschland, Oesterreich, Italien? Führte so die erste, vorausgehende Revolution der Doktrinäre das, bis 1848 zweifellos fürstentreue deutsche Volk von da an nicht erst zu Revolutionen und den Staat an den Rand eines Abgrundes? Solange, bis ein Fürst Bismarck dies geschichtlich lebende Recht, seine ewigen, von einer höheren Macht gegebenen Gesetze einer Bewegung erfaßte, bis dieser den Körper derselben centralen Einheit durch Staatskunst schuf, welchen der Geist einer deutschen Burschenschaft allein vergeblich erstrebte; und bis dieser so, durch praktisches Recht, gegenüber den Prätentionen der Doktrinäre, welche durch vergangenes Recht und gelehrte Antiquitäten den Staat allein retten zu können vorgaben, erst so manche Krone rettete, welche sonst dem Rechtsunverständnisse der Doktrinäre, wie in Italien, sicher zum Opfer gefallen wäre!

Wäre es dann auch nur faktisch je möglich gewesen, den geschichtlich „vergangenen“ Staat der doktrinären, historischen Schule, den Lehensstaat aufrecht zu erhalten, ganz abgesehen vom Rechte? Nimmermehr! Dieser Staat war ja noch nicht der öffentliche Staat der Gegenwart. Er verlangte noch staatliche Dienste, Gehorsam gegen die Leitung, Kriegsdienste, Steuern aus bloßen Privatrechtstiteln: Gegen vorausgegangene Privatbelohnung mittels Lehens gab der Vasall sein privatrechtliches Treuversprechen, den promissorischen Lehenseid, leistete er Privatdienste als Krieger und Steuern. In der Neuzeit aber erwachte der frühere, geschichtliche Gedanke des öffentlichen Rechts wieder und gelangte derselbe vollständiger zur Ausführung. Es war dies: Die Ueberzeugung und das Begreifen des Rechts, wonach der Staat schon aus öffentlichen Gründen des Gemeinwohles (salus publica suprema lex) für sich Gehorsam, Kriegsdienste, Steuern ohne Rücksicht auf Privatbelohnung mittels Lehen von jedem Staatsangehörigen zu beanspruchen berechtigt ist. Das war der neue Staat. Damit übersetzte sich der öffentliche Staat jetzt bereits in eine reale That, in den Körper einer Geschichte. Wäre es jetzt aber auch nur faktisch möglich, geschweige consequent gewesen, den alten Staat zu erhalten? Die Stützen dieses vergangenen Lehensstaates waren ja doch nur: die wenigen Freien des mittelalterlichen Adels. Sie allein stützten den Staat dereinst durch ihrer und ihrer Hörigen Kriegsdienste wie Steuern. Heutzutage aber sind alle Staatsangehörigen Freie,

Digitized by Google

alle zu gleichem Kriegsdienste und zu Staatssteuern beigezogen und so alle die gleichen Stützen des Staates: Wie ließe sich also da jetzt noch das frühere Recht des vergangenen Staates wieder beleben? Können wir heute noch Kriege führen mit einem mittelalterlichen Adel allein? Mit dessen Steuern allein und dessen Voten den Staat gut erhalten? Ein allein politisch bevorzugter Adel als solcher, soweit er dem Staate nicht auch heutzutage noch besondere Dienste zu leisten vermag, wäre somit heutzutage ein Unrecht, weil sein alleiniges Recht auf Belohnung doch erstorben ist und auch anderen gebührt; er wäre eine Belohnung von Unverdienst, eine Belohnung der Enkel für Verdienste der Ahnen, und umgekehrt heutige Nichtbelohnung des neuen Verdienstes der heutigen, neuen Ahnen! In ihm würde die Belohnung und Gnade des Staates ähnlich degenerieren, wie dereinst im Mittelalter: im Rechte der Juden, in der Blutrache oder bei außerehelichen Kindern ꝛc. die Ungnade und Strafe degenerierte, und den Nachkommen eine Strafe und Erbsünde zuerkannt wurde wegen vermeintlicher Missethaten der Ahnen! Der Staat, welcher so seine Belohnung und Kräfte an Drohnen vergeuden wollte, müßte verfallen und unterliegen: gegenüber, von besserem Rechte erleuchteteren Staaten, welche ihre Beamten und Heerführer aus allen Talenten nach Verdienst, ohne Rücksicht auf Abstammung wählen. Er müßte unterliegen selbst gegenüber einer kämpfenden Kirche, deren demokratisches Beamtenthum schon von jeher gleichfalls nie aus einem Adel allein gewählt wurde! Eine Adelsberechtigung hat ebendeshalb heutzutage, abgesehen von Gefühlen der Pietät, nur soweit principiell Berechtigung, als dieser Adel auch heutzutage dem Staate noch jene bevorzugten Dienste zu leisten vermag, wie etwa der befestigte Adel einer englischen Lordschaft, der Herrenhäuser, Senate, Reichsräthe, welche unabhängig von Thron und Volk mit allen Mitteln der Ausbildung ausgerüstet im Rathe zwischen Leiter und Volk in Mitte stehen. So aber ist ein Erhalten des „vergangenen" Staates im Sinne der historischen Schule schon faktisch und der Natur dieser „Sache" nach eine Unmöglichkeit, abgesehen vom Leben und geschichtlichen sich Bewegen des Rechts! — Ebensowenig wäre heutzutage noch eine andere frühere, historische Staatsrechtsform aufrecht zu erhalten. Der vergangene Absolutismus etwa der Zeit eines Ludwig IX.: l'état c'est moi? Auch sein Recht ist ja nur a priori erfunden. Auch er enthält eine blos naturrechtliche Anschauung, daß die subjektive Willkür der Person des Herrschers identisch sei mit dem geschichtlichen Rechte des, von ihr verschiedenen Staates! — So muß also, schon in Folge der negativen „Unmöglichkeit" auch dieser zweiten Rechtsschule eines vergangenen Rechts der historischen Schule, im heutigen Staatsrechte ein anderes drittes Staatsrecht gegeben sein, welches schon bisher zwischen den Extremen real lebt. Und zudem muß es Bedürfnis sein. Denn die beiden Extreme unserer bisherigen aprioristisch doktrinären Rechtsschulen schädigen und verheeren nothwendig fortwährend auch im

Digitized by Google

Staatsrechte. Dies subjektiv umstürzende, nivellierende Geistesschaffen des Naturrechts, wie bei einer französischen Revolution, und das Stagnieren des stabilen Rechts der Reaktion einer historischen Rechtsschule wird da stets der wilden Fluth und der trägen Ebbe gleichen, deren Verheerungen bei äquinoktialen Stürmen, bei Tag- und Nachtgleiche zwischen Vergangenheit und Gegenwart, fortwährend werthlose Wattenmeere zurücklassen müssen: Da bedarf es zwischen den beiden Extremen eines festen Dammes, der Mauer eines Rechts, vor welcher die Brandung zerschellt und hinter welcher kein stagnierendes Gewässer zurückbleibt!

So wird auch im Staatsrechte ein drittes, nämlich ein real lebendes und praktisches Recht wie seine Schule Bedürfnis und Recht sein, welches wohl von jeher, vom Anbeginne einer Welt Dämme bot gegen schadenbringende Hin- und Herfluthungen der wogenden Meere einer Aprioristik des Rechts; ein Recht, welches die schädigenden Extreme der Doktrinäre auf Grund fester, eiserner Gesetze in die, beiden gebührenden Schranken zurückweist; ein Recht, welches suo loco bald, dem Zuge der Schöpfung folgend, ein radicales Fortschreiten gestattet gegenüber einem vermeintlich stabilen und todten Meere und Rechte, bald aber grundloses Anprallen conservierend zurückweist! Wäre doch eine solche Einsicht, wäre ein absolutes, göttliches Recht überall denkbar! Dann freilich gäbe es auch keine politischen Parteien und Kämpfe im Staatsrechte mehr: Die Worte einer Antigone würden dann über unseren bisherigen Parteibildungen hin sich verwirklichen: Nicht länger mitzuhassen, mitzulieben bin ich da. An die Stelle des Fanatismus der Revolutionen träte dann die geschichtliche Selbstentwicklung des Rechts, wie solche im Staatsrechte am verständigsten vielleicht nach der Revolution in England gestattet wurde. Soweit freilich werden es wir Menschen nicht immer und überall bringen. Weil unsere Einsicht zu schwach und unsere Interessen nicht immer lautere sind! Aber Menschen mögliche Einsicht wird nichtsdestoweniger Kämpfe und Gegensätze der Parteien praktisch mildern, eindämmen und zum Theil versöhnen können. — — Wir haben nun ein Leben eines derartig sühnenden Rechtes bereits im Civilrechte (§ 2 ꝛc.) ersehen: Wir werden jetzt weiter ersehen müssen, wie auch ein Staatsrecht ein wahres, geschichtlich lebendes Recht erfordert: ein Verständnis seines „Lebens" und sich Bewegens, und der festen Dämme und Gesetze, welche diese Bewegung eindämmen: ein Gehorchen gegenüber den Bewegungen der „Rechtsquellen", deren Lauf eine Schöpfung selbst geordnet! Diese Gesetze gebieten ein Conservieren des Vergangenen, soweit es in der Geschichte fortlebt, ein Geistesschaffen eines Naturrechts dagegen, wo eine lebende Geschichte rechtlich nicht existiert. Der Rechtsverständige soll auch hier der Gärtner sein, welcher dürre Zweige schneidet, lebende erhält! Savigny selbst sagt uns, daß auch hier gleiche Gesetze im Staats- wie im Privatrechte wiederkehren! — — Erfahrungsgemäß nun lebt ein eben solches reales praktisches Recht, wie

Digitized by Google

im Civil-, so auch im Staatsrechte von jeher und bewegt sich mit der, sich bewegenden, nie rastenden Geschichte! Gleichviel, ob es von einer Doktrin erfaßt, ob es mit doktrinären Extremen eines neuen Natur- oder altvergangenen historischen Rechts einen Kampf um's Recht oder ein Kampf des Rechts gegen das Recht zu erdulden hat, oder ob es ungestört von selbst sich entwickelt: es lebt ewig in praktischer, stillschweigender und concludenter Uebung! — —

Ein solches reales praktisches Recht hat auch schon im Staatsrechte von jeher die Kämpfe zwischen neuem Naturrechte und altem historisch vergangenem Rechte vermittelt und geschlichtet, da, wo die Gelehrsamkeit dieser beiden Schulen allein nicht mehr ausgereicht hätte: Einen Kampf beispielsweise der alten Stammbürger des populus der Quiriten und Patricier in Rom mit den neu hinzutretenden Stützen des größeren, sich entwickelnden Staates: der zuvor peregrina plebs. Den Kampf schlichtete damals eine, theoretisch noch ungelehrte — keiner unserer jetzigen Schulen eines, blos alten und eines, blos neuen Rechts entsprechende — Praxis in der Gesetzgebung der XII Tafeln, dieser ersten charta magna, welche den früheren Fremdlingen die ersten Rechte von cives, ihr jus civile strictum sicherte! Aehnliche Kämpfe wiederholten sich aber immer von neuem; in den mittelalterlichen Städtekämpfen des deutschen Patriciates und der Zünfte! in dem Ringen der Stände der Neuzeit nach gleichem politischen Rechte; in dem Kampfe des historischen deutschen Partikularismus gegen die, theils naturrechtliche, theils geschichtliche Rechtsidee der deutschen Einheit, welche praktisch ein Fürst Bismarck meisterhaft schlichtete ꝛc. Diese Kämpfe alle schlichtete, versöhnte ein praktisches Recht! Möge es dereinst seinen ewig vermitteln den Recepten auch gelingen, selbst begriffen in die socialen Kämpfe der Gegenwart heilend einzugreifen: Es ist in wesentlichen Grundzügen im Staatsrechte nur dasselbe praktische Recht, welches unbewußt und unerkannt auch in unserem Civilrechte lebt, welches von jeher zwischen altem historisch vergangenen und neuem Naturrecht vermittelt, und von jeher eine reale Welt beherrscht!

Die erste Entstehung des geschichtlich lebenden modernen Staatsrechts speciell ist ebendeshalb nicht etwa erst mit einer französischen Naturrechts-Revolution gegeben! Diese wirkte vielmehr auf dem Kontinente weit mehr nur als ein „äußerer" Anstoß auch für uns Deutsche, indem es auch uns den Uebergang näher legte. Für unsere gediegene geschichtliche Entwicklung aber waren diese Naturrechtsübertreibungen vielleicht eher hemmend. Sie brachten uns nach Außen den Schaden unverschuldeter Kriege, nach Innen aber erzeugten die Ausschreitungen eines französischen Direktoriums bei uns ja nur umsomehr eine Reaktion, selbst gegen eine ruhige geschichtliche Entwicklung, und einen Polizeistaat, welcher uns um Jahrzehnte zurückwarf! Auch das erste wissenschaftliche Begreifen eines geschichtlichen öffentlichen Staates aber begann bereits längst vor einer französischen

Digitized by Google

Revolution, in der Feststellung des „Begriffes" und Wesens eines öffentlichen Rechts überhaupt: im antiken Rom. Freilich gab es auch im classischen Rom noch kein eigentliches heutiges Staatsrecht, sondern mehr nur ein öffentliches Städterecht der Urbs und civitas. Und auch dieser öffentliche Begriff entwickelte sich da nur sehr allmälig. Wir können auch für Rom noch recht wohl eine Zeit nachweisen, in welcher selbst der Ausdruck eines öffentlichen Rechts fehlte, ein jus publicum oder populi noch das Recht der Patricier, das jus privatum der privati aber das Recht der Nichtbürger bezeichnete, und der Name öffentliches Recht sich so nur, in ganz anderen Begriffen zerstreut, vorfand, in einem jus sacrum, sanctum, religiosum, im jus der magistratus etc. (vgl. des Verf. Grundlagen einer Geschichte der röm. possessio, 1884, § 9 u. 10 S. 125 ff.; Savigny, Gesch. des r. R. im Mittelalter Bd. I cap. 5, VI). Erst die Ertheilung der Civität an alle Einwohner des römischen Reichs konnte den Begriff des jus publicum dort mehr zu dem eines staatlichen umbilden. Im deutschen Mittelalter ging alsdann der Begriff des öffentlichen Staatsrechts, einige Anläufe zur Zeit eines Carl des Großen ꝛc. etwa abgerechnet, wieder verloren! Denn der mittelalterliche Staat war, wie erwähnt, der privatrechtliche Lehensstaat! Seine nähere geschichtliche Ausbildung hatte seitdem der moderne Staat aber trotzdem schon vor der französischen Naturrechts-Revolution, namentlich bereits in England und Nordamerika gefunden. Dieser geschichtlich lebende, praktische Staatsgedanke aber scheidet sich, wie wir sehen werden, wesentlich von unseren beiden aprioristischen Rechtsschulen ab: von dem revolutionären Naturrechtsstaate, ganz ebenso, wie seine lebende Geschichte uns zum Theil bereits oben im Gegensatze zur vergangenen Geschichte einer historischen Schule gekennzeichnet wurde. Nimmermehr ist seine Basis: die „Vernunft des Naturrechts" allein, sowenig wie das Recht einer „Vergangenheit" einer historischen Rechtsschule allein!

Das innere Wesen dieses realen, geschichtlich lebenden und praktischen, öffentlichen Rechts wird sich vielmehr so formal schon, gleich dem des praktischen Civilrechts, dadurch charakterisieren, daß sich uns wohl auch in ihm: Rechtsquellen enthüllen werden! Aehnlich namentlich, wie im Civilrechte eine opinio necessitatis, (nach Savigny: eine allgemeine „Ueberzeugung des Volkes"), als „geistiges" Element, als belebendes empirisches „Naturrecht" alle Rechtsquellen durchzieht; wie es da bald für sich allein die Rechtsquelle der inneren Gründe des sog. „Juristenrechts" bietet, bald mit kürzerer oder längerer Uebung als Geschichte, als „Präjudiz" und als „Gewohnheitsrecht", bald endlich in der Ueberzeugung des Gesetzgebers zum geschichtlichen Gesetze sich verkörpert; so ähnlich geistig belebend und die Bewegung oder Entwicklung des Rechts vermittelnd tritt auch im öffentlichen Rechte das empirische Naturrecht auf, welches wir in ihm etwa mit „öffentlicher Meinung" und „Zeitgeist" bezeichnen! Auch dort wird diese öffentliche Meinung, der Zeiten Geist, bald für sich allein entscheiden,



Digitized by Google

gleich dem wissenschaftlichen oder Juristenrechte, bald in der sanktionierten Uebung der Parlamente als Präcedenzfall und Gewohnheitsrecht, bald als Pakt und lex contractus, bald als Verfassungsgesetz sich zur Geschichte verkörpern. Auch selbst als höherer Rechtsgrund, als höheres Sittengesetz dürfte dies Naturrecht eben hier, ähnlich wie im Civilrechte, (§ 7 A 4, § 6 II B b) hie und da, gleich einer primären Rechtsquelle, wirken!

In ähnlicher Weise ließe sich alsdann dereinst in der Hand eines Staatsrechtskundigeren vielleicht auch eine materielle „praktische Rechtsschule" des Staatsrechts überhaupt ermitteln; die „Schule eines geschichtlichen, quellengemäßen Lebens" des Rechtes, welche ähnlich, wie die formalen Rechtsquellen im Einzelnen, so auch „principiell" bewußt die berechtigte Seite der Extreme einer Natur- und historischen Rechtsschule suo loco organisch verbindet; d. h. mit eiserner Consequenz den Staat von staatsgefährdenden Extremen rettet und einer Vergangenheit wie einem Naturrechte ein Wirken nur innerhalb derjenigen strengsten positiven Schranken gestattet, wie diese die Rechtsquellen ergeben: Geeignet somit, das Rechtsleben vor dem subjektiv willkürlichen Umstürzen eines Naturrechts wie vor dem stagnierenden Leichengifte einer historischen Schule segenbringend zu erretten. Eine Schule vielleicht, welche ähnliche Grundgesetze zeigt, wie unser thema probandum in § 1, 5 III und wie § 6 solche näher darzulegen versuchen wird! — — Wenn sich der Verf. nicht täuscht, scheinen, auch abgesehen von den Analogieen, welche Ihering unlängst mit dem Verf. aus dem praktischen Wirken eines Fürsten Bismarck gezogen, solche Bestrebungen innerhalb unserer Jurisprudenz bereits vorzuliegen: Aehnlich hat sich erst unlängst in der Tagespresse (M. Neuest. Nachrichten) ein hochbedeutender deutscher Staatsrechtslehrer, (M. Seydel), in Bezug auf den naturrechtlichen contrat social eines J. J. Rousseau geäußert. Auch dort wurde, soweit sich der Verf. erinnert, der Wunsch ausgesprochen, daß es der Gegenwart gelingen möge, mehr nach dem Vorbilde einer englischen Geschichte und im Geiste Montesquieu's eine bessere Staatsrechtslehre zu finden, ohne doch den geschichtlichen Faden ganz zu durchschneiden. Ueber den Zusammenhang auch der Anschauungen Montesquieu's, namentlich mit dem realen dritten und vierten Grundgesetze eines praktischen Rechts, dem zeitlichen und örtlichen s. unten, (§ 6 I c und d, bes. am Schlusse der lit. d). Auch durch dieses Votum Seydel's also würde wohl die Pflege einer, sich nach Ort und Zeit entwickelnden Geschichte angebahnt, anstatt einer vergangenen, wie jene die Prämisse der historischen Schule, nicht aber ihr Anwendungsprincip, verlangt (Vorwort und § 2), sowie eine Verbindung des Naturrechts Rousseau's mit der Geschichte Montesquieu's, wie solche gleichfalls das reale Leben des Rechts zeigt. — — So wird es sich dann endlich auch ergeben, daß das geschichtlich berechtigte Fortschreiten eines vollendeten Staates, so ungewohnt dies auch auf den ersten Blick unserem, von Parteigetriebe übertäubten Ohre

Digitized by Google

klingen mag, nach der Anschauung eines weiteren Rechtskundigen, nimmer in einem Ueberbieten eines verständnislosen Fort- oder Rückschreitens, ähnlich dem Sporte des Wettrennens, bestehen kann; so, daß einer dem andern solange nach links vorreitet, bis er glücklich an der Grenze einer Anarchie anlangt, oder solange zurückreitet, bis er im Sumpfe von faulenden Antiquitäten versinkt! Nicht im quantum, sondern im »quale« des Fortschreitens liegt das Verdienst: Weder in dem fortwährenden Vorwärtsdrängen zu einem einseitigen nivellierenden subjektiven Geistesschaffen des Naturrechts *nach links*, welches eben schließlich jede staatliche Ordnung anarchisch zersetzen müßte, noch in einem einseitigen principiellen Zurückdrängen einer romantisch fanatischen historischen Rechtsschule *nach rechts*: zum Rechte einer gesammten Vergangenheit zurück! Denn auch bei unserem Nicht- oder Anderswollen würden uns alsdann dennoch unwillkürlich lebende, reale und positive Rechtsquellen, Gesetz, Gewohnheitsrecht und innere Gründe, in unserem Handeln wie Fortschreiten auf positivem Gebiete wie in Gesetzgebung mit eiserner Macht anders leiten, als unsere bisherigen aprioristischen Schulen! Die Vollendung eines Rechtswissens kann ebendeshalb nur in verständnisvollem Wägen, wie alsdann, dem entsprechend, in einem verständnisvollen Maßhalten bei den, subjektiv doch nicht zu ändernden Gesetzen des *realen* Lebens des Rechts bestehen, welches die Rechtsquellen erzeugen. So wird jeder der beiden bisherigen aprioristischen, extremen Rechtsschulen, der Naturrechts- wie der historischen Schule, dem Geistesändern, wie der Achtung des Gegebenen, eben auch wissenschaftlich suo loco der richtige Platz angewiesen werden müssen, wenn wir überhaupt vernünftiges und mögliches erstreben: — So aber läßt sich vielleicht alsdann endlich auch die, von E. J. *Bekker* in seinem *Ernst und Scherze*, 1892, S. 237 ff. 198 ꝛc. gedachte politische „*Mittelpartei*“ verwirklichen, welche durch Beachtung der Rechtsquellen zugleich die lebende Moral in die bisherige aprioristische Rechtswissenschaft zurückführen wird. — Wenn das Recht unwillkürlich lebt, warum sollten wir nur immer die Extreme des geistigen Umstürzens und der vergangenen todten Materie einer historischen Schule für Consequenz und Recht halten, nicht das, uns real Gebietende, welches, wie wir sehen, allein festen positiven Grundsätzen, den Rechtsquellen, folgt und uns allein zwingt? Diese Mittelpartei also müßte eine „Mitte“ sein, nicht zwischen den, zufällig die Parteien bildenden „Personen“, sondern eine, in Dogma und Gesetzgebung real nach unwillkürlichen Gesetzen (der Rechtsquellen) mögliche „*Mitte des Rechts*“ selbst: eine Mitte zwischen aprioristisch grundlosen Träumen der extremen Doktrinen und Rechtsschulen! Nicht demzufolge Partei im herkömmlichen Sinne, sondern das allein reale, mögliche „*Recht selbst*“. Sie hat blos selbst Partei oder Schule zu sein, wo und solange dies reale, mögliche Recht verkannt, vorenthalten wird oder legislativer Abhülfe bedarf; ganz wie ja auch eine praktische Rechtsschule des Civilrechts zwar jetzt mitten zwischen



Digitized by Google

den, zur Zeit noch bestehenden extremen Doktrinen der Natur- und historischen Rechtsschulen noch als Schule oder Partei wird auftreten müssen; wie dieselbe aber aufhören wird, Schule oder Partei zu sein, sobald sie einmal allgemein als Recht erkannt und Gemeingut der Nation und ihrer Juristen geworden ist! (§ 1, 9 I S. 180). Von diesem Rechtsstandpunkte aus wird es also auch nimmermehr darauf ankommen, ob jemand formal, zufällig vielleicht oder aus andern äußeren Gründen, mitten zwischen Parteien eines Parlamentes, in einem Centrum ꝛc. ꝛc. sitzt. Vielmehr darauf, daß er einerseits materiell nicht a priori unbedingt einem der Extreme huldigt, nicht das, durch subjektiven Geist allein das Recht beliebig zersetzende Naturrecht von links allein, oder das, den Staat einem Vermodern überlassende Recht einer historischen Schule von rechts allein und einseitig für Recht verwirklicht; daß er ferner anderseits formal zwischen diesen unrealen aprioristischen Extremen nach festen Principien die sachliche Grenzlinie der real geltenden Rechtsquellen zieht, und diese Extreme nur soweit als Recht anerkennt, als sie eben der Linie der „Rechtsquellen" des Dogma und der Gesetzgebung entsprechen! Beispiele. Diese Mittelpartei muß da, wo das reale Recht eine Reaktion gegenüber Aprioristik zwingend gebietet, z. B. gegenüber unbedingten, utopischen Naturrechts-Reformversuchen einer Sozialdemokratie, eines Communismus, einer Anarchie ꝛc., sachlich mit Principien und der Partei der Personen der Rechten, da aber, wo gegenüber einer historischen Stagnation eine Reform auf Grundlage eines lebenden, quellengemäßen Rechts geboten ist, sachlich mit den Principien und der Partei der Personen der Linken stimmen. So ließe sich vielleicht eine Mittelpartei eines real lebenden und praktischen Rechts denken: denn es kann zwischen zwei Extremen des Rechts in der That nur ein wirkliches Recht geben, sobald ein Verständnis des Rechts erreicht ist.

Als ideales Endziel dürfte sich aber dann mittels einer solchen praktischen Staatsrechtsschule eben der deutsche „Rechtsstaat" erhalten lassen, welcher uns von den aprioristischen Revolutionen des subjektiv umstürzenden Naturrechts wie des stagnierenden vergangenen Rechts einer historischen Schule durch sein lebenvolles Recht rettet! — Diese Rechtsschule und dieser Rechtsstaat hat sich eben bewährt in der Schöpfnng des deutschen Reichs durch Kaiser Wilhelm I. und den Fürsten Bismarck! Diese gingen ganz nach den Grundsätzen unseres lebenden praktischen Rechts vor, welche sich auch im Civilrechte vorfinden, und sie erreichten so auch hier ein „lebendes" praktisches Staatsrecht. — Einmal, indem sie nicht „vergangene", sondern real lebende Geschichte der Gegenwart anwendeten, (organisches und zeitliches Grundgesetz § 6 I b und c), denn die angewendete Geschichte war nicht die der gesammten „Vergangenheit" unserer Nation nach Savigny, sondern eine „lebende" der „Gegenwart": Nicht also die mittelalterliche Lehensform, sondern der moderne Staat; nicht die Wahl durch mittelalterliche Kurfürsten, sondern durch die jetzigen Souveraine

Digitized by Google

Deutschlands; so ward der Kaiser nicht etwa der historisch vergangene mittelalterliche Kaiser des heiligen römischen Reichs deutscher Nation, sondern ein „deutscher Kaiser" der Gegenwart. — Zweitens, indem sie nach dem mechanischen Grundgesetze eines jeden Rechts (§ 6 I a) die vergangene Geschichte mit empirisch lebendem Naturrechte, den Rechtsquellen entsprechend, vereinigten, und so Deutschland nach Disraeli von der Aprioristik seiner Professoren (des extremen Naturrechts wie der historischen Schule) befreiten. Denn die vergangene Geschichte war ja der Partikularismus, die heutige Einigung gewaltsam getrennter Nationen dagegen ist real und unwillkürlich lebendes Naturrecht! Auch dies aber ist hier, vielleicht eine ausnahmsweise geltende, Rechtsquelle. Denn thatsächlich und erfahrungsgemäß achten ja die Völker der Gegenwart ein solches Selbstbestimmungsrecht; ähnlich etwa, wie auch das Civilrecht bei dem Vorliegen höherer Rechtsgründe, Sittengesetze ꝛc. in sporadischen Fällen einem Naturrechte als primärer Rechtsquelle einen Vorrang selbst vor den geschichtlichen Rechtsquellen des Gesetzes und Gewohnheitsrechtes einräumt (§ 7 A 4); Staatsrechtskundige mögen entscheiden, ob dies Selbstbestimmungsrecht bei Wahl oder Nichtwahl von Fürsten überdies auch „geschichtlich" von jeher sich in erfahrungsgemäßer Anwendung findet; bei den alten Germanen und Romanen, in England, in den Niederlanden, der Schweiz, Braunschweig, Frankreich, Spanien, Bulgarien. Diese Einigung war zudem hier eine, zum Theil andere, als die Italiens unter Victor Emanuel; insoferne, als Deutschlands bisher hierin berechtigte Einzelstaaten und Städte-Republiken, selbst in ihren Volksvertretungen, nicht auf ihre historische Selbstständigkeit verzichten wollten. Es galt daher in Deutschland ohne Beseitigung der Einzelstaaten, analog etwa den vereinigten Staaten Nordamerikas, der Schweiz, naturrechtlich aus der Souveränität der Einzelstaaten nur das auszulösen, was für deren Selbstständigkeit entbehrlich und in unitate robur bot: abgesehen von Zolleinigung: die gemeinsame Heeresführung ꝛc. Die volle Ausführung dieses Naturrechts indessen scheiterte lange an dem historischen Dualismus! Die Volksvertretung im deutschen Parlamente zu Erfurt nach 1848 konnte hier kein historisches Recht schaffen, weil die hierin berechtigten Einzelstaaten selbst und deren Volksvertretungen auf das partikulare Recht nicht verzichteten, welches historisch diesen allein zustand. Hier nun entspann sich die bekannte, nur durch Kampf zu lösende Controverse, das Duell und der Bruderkampf zwischen Oesterreich und Preußen um das Principat: ein Kampf einer lebenden, praktischen mit der historischen Rechtsschule! welcher, ohne Nebenabsicht auf Ländergewinn ꝛc. beendet, selbst das Forterhalten des früheren historischen Bündnisses zwischen den Brudervölkern aus den Zeiten des Bundestages niemals ausschloß! — Während aber so das gesammte deutsche Volk: seine Ideale, seine Jugend, sein Lied, seine deutschen Burschenschaften, Turner-, Sänger- und Schützenbünde ꝛc. allein den Geist dieser deutschen Einheit, nicht den Körper schaffen

Digitized by Google

konnten, schuf Fürst Bismarck zu diesem Geiste: den Körper, und beide vereint das lebende, praktische Staatsrecht des einheitlichen deutschen Reichs. Dieses wäre weder durch Geist des Naturrechts allein, noch durch den Körper allein, welchen die bloße Gewalt einer Geschichte allein gefügt hätte, jemals dauernd möglich und lebensfähig geworden! So aber vereinigte Fürst Bismarck im Staatsrechte die Bestandtheile einer Naturrechts- und einer geschichtlichen Schule zu einem lebenden Rechtsstaate wie zum Vorbilde einer dritten, real lebenden und praktischen Rechtsschule, welche Zeuge Ihering's und laut unseres Vorwortes ein hohes Vorbild bietet für eine praktische Rechtsschule überhaupt: im Privat- wie im öffentlichen Rechte!

Ebenso, wie das Princip und die Schule des Staatsrechts überhaupt, werden sich dann aber vom Standpunkte einer solchen lebenden und praktischen Schule des Rechts vielleicht auch noch so manche, bisher einseitig sich ausbildende, „einzelne" staatsrechtliche Rechtsbegriffe von rechts und links klären und einer heilsamen Kritik unterziehen lassen. So wird sich zeigen, wie so manche, selbst in der „Praxis" des Staatsrechts herausgebildete, heute geläufige Begriffe zu bessern sein könnten; wie eben auch hier eine praktische Rechtsschule bald einem umstürzenden Naturrechte gegenüber wahrhaft conservativ, bald einem, den Geist des Rechts ertödtenden, historisch vergangenem Rechte gegenüber wahrhaft fortschreitend erscheinen wird, und wie sich so in jedem Falle der Vorwurf der doktrinären historischen Schule (§ 1, 4 II) eben hier widerlegen wird, das praktische Recht sei ein einseitiges, den Staat umstürzendes Naturrecht!

Aus den Naturrechtsschulen hat sich vor allem beispielsweise der Begriff: des Staates als einer „Gesellschaft" herausgebildet. — Dieser Begriff findet sich wohl zuerst in der Praxis der Franzosen verschiedener Richtungen praktisch verwerthet; später bei unseren socialen Parteibildungen. So bereits bei Montesquieu wie in Rousseau's contrat social etc. So sehr nun auch innerhalb des positiven Staatsrechts ein contrat, ein Paktieren und Ausgleichen zwischen Gleichberechtigten, ein sich Vertragen und Compromittieren vorkommt, sollte der ganze Staat in der That auf nichts, als auf einem Gesellschafts-„Vertrage" beruhen?? In Wirklichkeit aber ist der Staat niemals naturrechtlich willkürlich durch bloßen Vertrag allein „gemacht": Sondern er ist geschichtlich gegeben, wenn auch nicht als eine vergangene, so doch als eine lebende Ordnung mit uns geschichtlich geboren! Ganz ebenso mit uns geschichtlich unwillkürlich geboren, wie nach Savigny's Worten: die Sitte, Sprache und die Verfassung der Menschen. Nennen wir seine Rechtsquelle: Gewohnheitsrecht. Nie aber ist es der, nach der „Vernunft" des Einzelnen willkürlich geformte Vertrag, wie er allenfalls hie und da bei der Ausführung im Einzelnen in Anwendung kommt, welcher „grundlegend" den Staat schafft! Viele Grundgesetze hat ja das Staatsrecht mit dem Privatrecht gemein; vielleicht selbst eine Schule! Aber gerade diese „dispositi-

Digitized by Google

tive" Natur wenigstens des größten Theils des Civilrechts speciell bildet wieder einen grundsätzlichen Gegensatz des Privatrechts zum Staatsrechte! Hier lautet das Grundgesetz umgekehrt absolut gebietend: nicht der Vertrag macht den Staat, sondern gerade umgekehrt belehren uns schon die Römer: jus publicum privatorum pactis mutari non potest, sondern salus publica suprema lex. Diese französische Theorie der, durch bloßen Vertrag begründeten Gesellschaft würde den Staat also gerade so als einen privatrechtlichen verkennen, wie der mittelalterliche Lehensstaat, welcher seine staatsrechtlichen Prärogativen gleichfalls aus Privatbelehnung mittels Lehens und aus privatrechtlich promissorischen Lehenseid erstehen läßt! Andere sind hier die Rechte, andere die Pflichten des modernen Staates! Trotzdem überträgt auf den modernen Staat eine vorherrschende Staatsrechtspraxis noch jetzt, selbst auch bei uns, nach französischem Vorbilde diese Analogie eines privatrechtlichen Gesellschaftsvertrages! Welche nach praktischen Rechtsgrundsätzen unglücklichere Construktion aber wäre denkbar, als eben diese: Der Staat als eine privatrechtliche Gesellschaft? In „welche Gesellschaft" könnte da der Staat gerathen? Der Staat eine Gesellschaft: auf Kündigung; etwa auf Ziele, auf Jahre, Wochen und Tage, gleich einer römischen societas? Nicht einmal gleich einer germanischen Genossenschaft zu „dauerndem" Zwecke? (§ 4 A, § 5.) Eine Gesellschaft ferner mit beliebigem Austrittsrechte jedes einzelnen Mitgliedes aus seiner staatlichen Ordnung, je nach subjektivem Behagen, gleich einem Anarchisten? Eine communistische actio communi dividundo jedes Einzelnen: auf Theilung des Staatsvermögens? Ein Herrscher dagegen, (nicht, wie der große Fritz, edelmüthig und freiwillig nur seine Herrscherpflichten sich selbst vorzeichnend): als gemietheter Lohndiener eben dieser Gesellschaft, welchem vielleicht durch eine momentan obsiegende Meute Einzelner, eines Pöbels „gekündigt", welcher weggejagt wird, ohne daß man ob dieses fait accompli auch nur eines legalen Staatsaktes bedarf? Ist eine solche Privatrechtsanschauung, an Stelle einer öffentlichen, welcher der crasseste Fehler einer juristischen Construktion schon in die Wiege mitgegeben erscheint, etwa praktisch weniger verwerflich, als die privatrechtliche Auffassung des modernen Staates durch eine historische Schule als mittelalterlicher Lehensstaat?! — — Ein zweites Beispiel. Thatsächlich wenigstens wird heutzutage ferner in einer Praxis auch das allgemeine Stimmrecht aller Staatsangehörigen bereits einer Kritik unterzogen. In diesem nämlich prägt sich ja das Grundgesetz des Staatsrechts: salus publica suprema lex je nach dem Gewichte dieser salus publica in Zahlen aus: bald in einfachen Majoritäten bei einfachen, in zwei Drittel- oder größeren Majoritäten bei wichtigeren Fragen, bei Verfassungsänderungen. Dies ist der Fall, bald in Volksvertretungen, bald selbst in einem Plebiscit, wie zeitweise in Frankreich, oder in einem Referendum der Schweiz und nach zeitweisen Vorschlägen in Belgien. Wir lassen diese Frage offen und geben nur Material zur Entscheidung.

Digitized by Google

An sich nämlich ist dies „Stimmrecht" der Träger des Staates ein geschichtlicher Gedanke; er kehrt in der antiken Welt, bei den mittelalterlichen Ständen wie in der Neuzeit wieder. Die Ausführung aber hat da, wo dieselbe noch nicht gesetzlich feststeht und de lege ferenda, ein empirisches Naturrecht zu bestimmen. Auch das Naturrecht, die inneren Gründe einer Billigkeit mögen nun wieder zu dem Grundsatze führen, daß jeder, welcher durch Kriegsdienste, Steuern ꝛc. Stütze des Staates ist, auch mit seiner Stimme gehört werden sollte. Gleichzeitig aber legen die bisherigen geschichtlichen Ausführungen auch dem „Gewichte" der Frage der salus publica maßgebenden Einfluß bei der Abstimmung bei. Man verlangt schon bisher für „gewichtigere" Gegenstände Zweidrittelmajoritäten oder mehr Stimmen, als bei minder wichtigen, man läßt die Plebiscite da, wo sie früher angewendet wurden, wieder fallen, weil man glaubt, daß in Volksvertretungen bessere, gewichtigere Qualitäten von Abstimmenden den Ausschlag geben, als bei direkter Volksabstimmung. Der Umstand aber, daß unsere Zeit jetzt wieder zu naturrechtlichen schädigenden Utopien, zu Socialdemokratie und Anarchie der weniger denkenden und geistig schwächeren Volksmassen hindrängt, scheint die Frage wieder von neuem aufzuwerfen: Ob, wenn auch alle Staatsbürger mit allgemeinem Stimmrechte gehört werden sollen, doch hiebei dem „gewichtigeren" Votum eines Bismarck z. B., welcher als geistiger Arbeiter mehr leistet, billigerweise nur das gleiche „Gewicht" beigelegt werden soll? Gleich dem, des nur körperlich arbeitenden Fabrikarbeiters, welcher geistig weniger denkt, leichter zu mißbrauchen ist, und welcher schließlich leider zu, ihn, als geistig Schwachen doch vor allem und vielleicht am meisten schädigenden Utopien einer Anarchie und Socialdemokratie verlockt werden kann, gleich gläubigen Kindern von einem Rattenfänger von Hameln? Thatsächlich wenigstens hat neuerdings Belgien zwar die Frage des allgemeinen Stimmrechts bejaht, aber Stimmberechtigten von geistig hervorragender Qualität mehr Stimmen verliehen, als den übrigen. So ist auch diese Frage eine, wenigstens legislativ offene geworden, welche praktisch nach den Rechtsquellen wird entschieden werden können.

Ebenso haben sich aber auch umgekehrt aus der historischen Rechtsschule verschiedene einseitige, falsche Begriffe herausgebildet, welche eine Schule des lebenden und praktischen Rechts wird corrigieren müssen. — So z. B. der, schon erwähnte falsche Begriff einer, für uns heutzutage positiven „Geschichte" des Rechts! Für uns gilt heutzutage nicht das historisch vergangene, sondern nur das historisch lebende Recht; etwas anders ist dies ja für die Frage der wissenschaftlichen Vorbildung ꝛc. So also kann für uns nicht eine Geschichte der „Vergangenheit", sondern nur die Thatsache des realen, berechtigten Lebens: positive Geschichte sein! — Ein weiterer, zum Theil falscher, gleichfalls historischer Begriff ist vielleicht die Theorie der sog. faits accomplis. Diesen hat zwar die historische Schule, welche

Digitized by Google

sich auf das vergangene Recht stützt, der Legitimist ꝛc. von jeher verworfen. Aber selbst wenn wir eine quellengemäße lebende Geschichte als wahre Grundlage unseres geltenden Rechts erachten, werden wir diesem Begriffe nicht unbedingt beipflichten können. Selbst wenn wir ein Selbstbestimmungsrecht der germanischen und sonstigen Völker von Anbeginn geschichtlich gegeben erachten würden, sollte dann ein, von einem Volkshaufen oder Pöbel überraschtes Volk, dessen Regent verjagt ist, oder sollte sich ein Volk, dessen Herrscher mit seinem und des Volkes Willen eingesetzt, dann aber von einem fremden Eroberer verdrängt wird (Bulgarien ꝛc.), einem fait accompli fügen müssen, welches Dritte bereiten können? Zwar wird auch dem factum mit animus juris nach Analogie der römischen possessio des jus gentium (§ 2 IV II) gewiß soviel Gewicht beigelegt werden müssen, daß nicht jeder Einzelne auf eigene Faust gegen den faktisch bestehenden Herrscher revoltieren, sich seiner staatlichen Pflichten entschlagen darf. Selbst der possessor einer Herrschaft hat eo, quod (corpore et animo) possidet, plus juris, als der, welchem nicht einmal ein corpus zusteht; i. e. selbst eine injusta possessio ist Recht: adversus ceteros oder extraneos; der untergebene Private als solcher also darf nicht in öffentlichen Dingen Gehorsam verweigern. Aber diese possessio ist stets ein Recht. Das Gleiche also gilt nicht gegenüber dem besser berechtigten Herrscher selbst und der legalen Vertretung des Volkes: Jedes Recht mit besserem Titel obsiegt auch innerhalb dieser römischen possessio gegen die possessio, welche durch den bloßen Titel des Faktum der possessio, des corpus und animus juris allein geschützt wird!

So ähnlich würde ein geschichtlich lebendes praktisches Recht und eine praktische Schule auch im Staatsrechte berechtigt und von Werth sein können: bald gegenüber einem Naturrechte zu conservieren, bald gegenüber der blos vergangenen oder unberechtigten Geschichte fortzuschreiten! Denn selbst eine Geschichte an sich ist nach praktischem Rechte nicht unbedingt Rechtsquelle und Recht, auch selbst dann, wenn diese Geschichte Praxis ist. Vielmehr darf die Geschichte und Praxis nur festen Regeln, den Rechtsquellen folgen, wenn sie Recht sein will!

d) Kirchenrecht und Kirchenpolitik. — I. Die Thatsache des „Lebens" des Kirchenrechts im Allgemeinen. Im Verlaufe dieser Studien haben wir bereits gesehen, wie eine überwuchernde Aprioristik von Extremen der Kirche wie dem Staate geschäftsmäßig fortwährend fremde Aufgaben aufgedrängt, welche weit über deren eigentliche Bestimmung hinausgehen; (§ 1, 5 I, § 4 C c ꝛc.). Wie nämlich der Staat, hat auch die Kirche eine, ihrem Wesen zugewiesene Berufssphäre: Religion ist Gottesverehrung, Kirche an sich eine Vereinigung zu dieser Gottesverehrung. Trotzdem aber vermengten dereinst bald primitive Staatengebilde praktisch Religion mit staatlicher Herrschaft. Bald aber soll die Kirche als solche nach mittelalterlichem Vorbilde wieder umgekehrt nach aprioristischem Rechte den Staat politisch

Digitized by Google

beherrschen und auch fast alle weltlichen Culturzwecke allein aktiv wieder in die Hand nehmen: Dinge, welche ihr Wesen kaum zuläßt, und welche auch ein Specialwissen voraussetzen würde, wie dieses der Kirche als solcher noch nicht zur Seite steht; sowenig, wie dem modernen Staate, wenn er a priori die Kirche beherrschen sollte! Solche Rechte aber werden bald in extremer Weise beansprucht, bald extrem verweigert. Damit drängen sich aber Extreme auch in das Kirchenrecht, wie in das übrige Recht: Eine historische Rechtsanschauung nämlich sucht auch im Kirchenrechte wieder alle einmal dagewesene, jetzt „vergangene" Thätigkeit a priori als Kirchenrecht hervor, welche der Kirche dereinst Zufall und gesammte Vergangenheit je in den Schoß gelegt, ohne zu untersuchen, ob: Vergangenheit Recht ist. Ein, aus bloßer Vernunft Recht schaffendes Naturrecht umgekehrt sucht dann die Kirche auf ihr, rein aus Vernunft geschaffenes, geistiges Wesen allein zurückzuführen und alle vergangene Geschichte aus derselben zu entfernen! Diese Extreme rücken sich immer näher, infolge des, sich steigernden Völkerverkehres! Denn nicht etwa blos außerhalb der Culturwelt Europas und Nordamerikas, in Colonien etwa, treffen jetzt verschiedene Religionen zusammen; sondern in den Culturstaaten selbst führt der Verkehr jetzt den Freidenker, den christlichen Puritaner des Nordens mit dem Ultramontanen des Südens und andere Religionen immer näher zusammen: zum Theil früher örtlich getrennte Gegensätze, welche sich tödtlich hassen und vernichten zu müssen wähnten!

Diese Extreme sind es, welche auch im Kirchenrechte von jeher Kämpfe hervorgerufen. Zwischen eben diesen Kämpfen entscheidet aber von jeher unwillkürlich, unbewußt, und auch hier stillschweigend und concludent herrschend: ein drittes, lebendes und praktisches Recht; ähnlich, wie zwischen den Extremen unseres Privatrechts! Auch dieses lebt, bewegt und entwickelt (ändert) sich bald mit den Thatsachen der sich bewegenden Geschichte, bald mit den Ideen und Ueberzeugungen der Völker, bald mit dem Begreifen der Träger des Rechtswissens (§ 2 II a S. 194 ff.) Und seinen unwillkürlichen Bewegungen wird wohl auch hier künftighin ein bewußteres Recht, eine Wissenschaft folgen müssen, um die Wogen der Extreme: bald in die rechten Kanäle zu leiten, bald durch ein Recht mit festen Principien zurückzudämmen. Dies unwillkürliche Leben des Rechts ferner wird sich auch hier nur durch „Erfahrung" erfassen lassen; diese Erfahrung aber wird uns auch hier wieder Rechtsquellen als maßgebend zeigen (§ 1, 4 I γ a). Sie regeln auch dies berechtigte Leben des Kirchenrechts; denn über die, von diesem gezogenen quellengemäßen Regeln und Grenzlinien geht grundlos bald das, aus bloßer Vernunft das Recht schöpfende, geistig nivellierende „Naturrecht" hinaus, bald bleibt hinter denselben das vergangene Recht eines „historischen" Kirchenrechts zurück. — — Um nun zu erfahren, wie auch hier ein Leben des Rechts berechtigt entscheidet, müssen wir vorerst: einmal diejenigen Bestandtheile des Kirchenrechts ausscheiden, in welchen die

Digitized by Google

beiderseitigen Extreme zu überwuchern pflegen, um so das, dem Wesen der Religion und des Kirchenrechts Zugehörige von den wechselnden äußeren Zuthaten unterscheiden zu können. — Zweitens werden wir alsdann die Möglichkeit des Erfassens eines Lebens und sich Bewegens des Kirchenrechts in diesen seinen einzelnen Bestandtheilen im allgemeinen zeigen müssen. — —

Namentlich drei solcher verschiedener „Rechtsbestandtheile" aber werden sich uns auch innerhalb der Religion und des Kirchenrechtes zeigen, welche eine verschiedene Beurtheilung gebieten werden.

1. Die materielle (innere) Religion: die Moral. Dieser Theil nun der Religion wird regelmäßig und im großen Ganzen von allen Parteien als berechtigtes Recht, als Wirkungskreis der Kirche anerkannt: selbst von dem Naturrechte, welches die historischen Religionen nicht anerkennt! Wir alle glauben den Willen einer, gleichviel ob von uns angenommenen persönlichen oder unpersönlichen Gottheit ausnahmslos dadurch zu ehren, daß wir „recht handeln". Diese Moral ist mit uns geboren. Durch sie nähern wir uns alle wieder einem gemeinsamen göttlichen Wesen und seiner idealen Vollkommenheit, wie: einer Veredlung des Menschengeschlechtes! Wie mit Flammenschriften scheint diese Moral eine Gottheit selbst in alle und jede denkbare Satzung der Menschheit eingeschrieben zu haben: gleich einer thatsächlichen Offenbarung: so, daß mit deren Schutze alles einverstanden erscheint und hier wenigstens keinerlei principielle Gegensätze und Kämpfe des Kirchenrechtes entstehen! — Diese lebende Moral nämlich ist vor allem jedem einzelnen Menschen schon in das Innerste seines Gewissens eingeschrieben. Sie kündigt sich ihm dann aber auch von außen: als gute Sitte der Uebrigen und als Gewöhnung der Allgemeinheit an. Jedes bessere Wissen ferner beugt sich dieser Moral, von der Vernunftkritik einer Philosophie bis zur Kritik einer Geschichte, bis auf einen Strauß und Renan herab. Der Zeit eines Kant, Lessing, eines großen Fritz und eines Schiller, wenn letzterer von den Religionen sagt: „Keiner von allen aus Religion", scheint so das einheitliche Motiv zu Grunde zu liegen: Weil eine Person einer, nur als einer und derselben denkbaren, Gottheit sich formal in der Geschichte nicht jedem außerhalb der, ihm unbekannten rechten Religion Erzogenen in einer, für alle Menschen gleichmäßig erkennbaren Erscheinung und Offenbarung zeigt, so wird eine Gottheit zwar unmöglich verlangen, daß alle Menschen auch ihre Person in derselben Form erkennen und ihr gleichmäßig huldigen: Eine Gottheit will vielleicht diese bloße Neugierde der endlichen Menschen und selbst ihrer zahllosen, angeblichen Propheten nicht befriedigen: denn der endliche Mensch würde deren Unendlichkeit doch nie fassen können! Umsomehr wird aber, nehmen auch unsere Philosophen an, diese einheitliche Gottheit verlangen, daß alle wenigstens den Geboten ihrer inneren Religion oder Moral selbstlos gehorchen, welche sie wie eine Offenbarung in der That allüberall faßbar eingeschrieben! — Ein Theil der Menschheit ist aber

Digitized by Google

in Laster versunken und abgestumpft gegen das innerste Gewissen, gegen gute Sitte und die Gebote jeder Vernunftphilosophie. Da eben gebieten diese Moral zunächst alle historischen Religionen: diese verweisen auf die Rache ihres strafenden Gottes, auf die Schrecknisse eines Jenseits. Edelste Kirchenfürsten haben die Pflege der Moral als oberstes Ziel ihrer Kirchenverwaltung bezeichnet. Auch der, nicht an einen persönlichen Gott Glaubende aber glaubt wohl an sein gerechtes Walten und seine gerechte Strafe. — Und abgesehen von diesen Religionen erfährt der, die Moral Verletzende deren Macht in allen denkbaren „Rechtsformen" der Menschheit; denn diese Moral ist, betrachten wir dieselbe näher: selbst der wesentlichste Inhalt und Zweck eines jeden Rechts: des historischen Rechts: als Gesetz oder Gewohnheitsrecht, als opinio necessitatis; der Naturrechtsphilosophie als natura, bonum et aequum der sogenannten höheren Sittengesetze, der boni mores, des Verbotes einer turpitudo; diese Moral ist selbst ein äußerer Rechtsgrund: als wirthschaftlicher Vortheil, als Polizeirecht der Wohlfahrt der gesammten Menschheit, der inneren Ruhe des Staates, welche Verkehr, Handel, Wohlstand aller erfordert: bald also der wesentlichste Inhalt des Civilrechts, das suum cuique tribuere etc., bald des Strafrechts, welches den Mörder, Körperverletzungen, Diebstahl, Betrug, Verleumdung ꝛc. ꝛc. beahndet. — — So allein erklärt sich, wie rohere Völker selbst ganz ohne Gottesbewußtsein existieren konnten (Ihering, Zweck im Rechte, Bd. II Cap. IX, 1 S. 3), ohne sich deshalb zu zerreiben: das „Recht" ersetzt ihre Religion: wenn auch nothdürftig und unzureichend, weil ihnen so das innere Compelle einer Gottesfurcht, wenn selbst auch nur eines unpersönlichen Gottes, mangelt. So erklärt sich ferner, wie da, wo die Religionen mehr oder weniger blos äußerliche waren, eben das Recht fast als das einzige Compelle zu dieser inneren Religion übrigblieb; so im antiken Griechenland und Rom mit deren menschenähnlichen, zum Theil selbst lasterhaften Göttern: das Civilrecht dieser Völker war eine „bessere Religion", als die Religion ihrer Priester! Dieser Umstand erklärt es ferner, warum zur Zeit eines Cicero die XII Tafeln in den Schulen ebenso gelehrt wurden, wie bei uns die X Gebote Moses: warum in der classischen Römerzeit der Jurist als der eigentliche sacerdos justitiae galt, bis an die Stelle dieser unvollkommenen, nothwendig unterliegenden heidnischen Religionen die vollendetere christliche mit ihrem gerechten einzigen Gott trat. Selbst aber auch dann noch vermochten die monotheistischen Religionen sich noch kein, sich bewegendes, vollendeteres Moralgesetz selbst zu schaffen; sondern beispielsweise ein Katholicismus verwies zur Entscheidung der Moralfälle des Beichtstuhles auf das römische Recht. Dort aber, wo die Religionen und Confessionen selbst stritten, sank zeitweise selbst auch auf Seite der kämpfenden Religionen nicht selten die Moral gegenüber dem Gegner infolge Kampfeswuth; so etwa in den Kämpfen zwischen Katholiken, Protestanten, Presbyterianern, zwischen Christen

Digitized by Google

und Juden; so daß Recht und Staat wieder als einziger Retter selbst der Sitte und „Moral" im gegenseitigen Verkehre der Confessionen übrig blieb; ebenso bei unsittlichen Religionen in Rom, bei den Mormonen der Neuzeit u. s. w. — Dies die materielle (innere) Religion.

2. Formale, historische (gleichfalls noch innere) Religionsbestandtheile im Sinne einer historischen Rechtsschule. Neben diesen materiellen inneren Religionsbestandtheilen, welche Moral oder die Verhältnisse der Menschheit auf Erden regeln, bestehen noch weitere transcendentale Religionsbestandtheile der verschiedensten, formal geschiedenen historischen Religionen, welche gleichfalls zu den inneren gerechnet werden müssen, jedenfalls soweit, als sie die übrigen Religionen nicht äußerlich stören wollen. Sie betreffen die Beziehungen der Menschen zu, und den Glauben an eine Person oder Form Gottes, und ihr Inhalt ist für jede Religion und Confession verschieden. Denn in ihnen glaubt jede Religion oder Kirche durch Vermittlung ihrer verschiedensten Propheten die volle, wahre Offenbarung auch von der „Person" des, doch uns alle beherrschenden einen Gottes ganz allein, und jede trotzdem anders als alle übrigen, erhalten zu haben. Leider enthüllt ja eben hier geschichtlich eine unendliche Gottheit ihr Antlitz und ihre Gebote der harrenden Menschheit nirgends so real und so einheitlich, wie etwa in der inneren Religion der Moral; in einer Weise, daß außer ihren zahllosen Propheten die gleichen Formen der Person Gottes auch alle übrigen Menschen und diese zahlreichen Propheten selbst wieder gleichmäßig als Offenbarung wahrnehmen könnten; so, daß auch jeder, nicht in einer, vermeintlich allein rechten Religion zufällig Geborene und Erzogene die Offenbarung, gerade der rechten, auch nur ganz verlässig und überzeugend erfahren könnte. Ganz ähnlich also,. wie ja auch eine Gottheit niemals ausreichende Details ihres absoluten göttlichen Rechts uns Menschen offenbart, (§ 1 Ziff. 4 I γ a)! — Diese Religionsbestandtheile nun erkennt ein Naturrecht überhaupt nicht an; ebenso aber auch keine historische Religion oder Confession selbst je gegenüber der andern!

3. Aeußere Religionsbestandtheile. — Neben den soeben erwähnten inneren Religionsbestandtheilen, nämlich: der materiellen Moral unter 1 und der formalen historischen Religion, welche nur die Erforschung der Person der Gottheit betrifft, unter 2, bestehen noch rein äußerliche Bestandtheile der Religionen: Solche, welche gar nie im Wesen der Religion oder Gottesverehrung gelegen sind. Es sind dies rein weltliche Befugnisse, welche selbst der Entstehungsgeschichte, dem Geiste des ersten Christenthums, seinem Stifter und den Aposteln gerade entgegen gewesen wären (cf. unten Ziff. II). Sie sind im Mittelalter theils infolge freiwilliger Geschäftsführung, theils infolge Auftrags auch an die, im Besitze der gesammten antiken Bildung befindliche germanische Religion gelangt, welche so gewissermaßen als Vormünderin des, noch unmündigen Staates, etwa seit

Digitized by Google

einem Karl dem Großen bestellt wurde, und die christlich germanische Kirche fand überdies in der Theokratie ihrer Mutterreligion, des Judenthums, dieser Vereinigung von staatlicher und kirchlicher Herrschaft, wie später in dem verfallenden Byzantinischen Staatskirchenthum, nur allzu leicht gelehrig, Vorbilder. Es sind dies eben, (wie zu § 1 Ziff. 5 I und § 4 C c gezeigt), jene ähnlichen aprioristischen Ueberwucherungen des Religionsgedankens, wie in der Neuzeit längst auch der Staatsgedanke überwuchert, und dem Staate ein Machenwollen selbst der Religion und Moral durch Gesetz (französische Revolution), Eingreifen in den Besitz und den Ackerbau (Communismus und Agrarierthum), Eingreifen in die Leitung der Arbeit der Industrie (Sozialismus), Eingreifen in die forschende Wissenschaft durch deutsche Philosophie zumuthet, seitdem u. a. ein Hegel Staat und öffentliches Recht nicht etwa blos begleitend und schirmend neben die Einzelninteressen und Rechte setzt, sondern den Staat zur höchsten Potenz der Menschheit überhaupt a priori „macht", welche so diese selbstständig berechtigten geschichtlichen Existenzen auffsaugen müßte! — — Diese mittelalterlichen Concessionen wollten so auch die Kirche, alles absorbierend, an die Stelle der Einzelberechtigungen setzen und zur weltlichen Macht umgestalten. Dereinst wurden im Laufe der Zeiten diese Rechte einer Kirche allerdings wegen deren, dereinst überlegenen antiken Bildung, wegen der Bildung ihrer Beamten als widerruflicher Vormünderin des Staates überlassen. Aber diese Rechte mußten so von selbst aufhören, sobald der Staat selbst mündig oder die einzige mittelalterliche Kirche sich in verschiedene gleichberechtigte, selbst sich befehdende Kirchen- oder freier denkende Parteien spaltete. Solche sind beispielsweise folgende Rechte: Staatsleitung, Anspruch auf Staatsämter durch die Kirche, politische Privilegien, Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Ehesachen, Civilstandsregister, Befreiung vom Militärdienst ꝛc. ꝛc. — In dieser Weise nun dürften sich die verschiedenen Rechtsbestandtheile des bisherigen Kirchenrechtes zur Beurtheilung ausscheiden lassen. —

Zweitens, haben wir gesagt, eine, soweit Menschen mögliche Entscheidung mittels eines lebenden, praktischen Rechtes setzt in dem Kampfe unserer Extreme der historischen und Naturrechtsschulen weiter voraus: daß wir auch das unwillkürliche „Leben und sich Bewegen" des Kirchenrechts erfassen. Denn dieses Leben und sich Bewegen hat eine göttliche Macht selbst in den Organismus eines jeden geschichtlichen Rechts gelegt; es ist selbst ein Gotteswille; und wir Menschen als rechtskundige Juristen können nichts thun, als dasselbe gleich selbstlosen Priestern des Rechts aus diesem Leben des Rechts und seinen Rechtsquellen unmittelbar erfahren. Diese Bewegungen nun des Rechts künden sich uns, wie gesagt, bald als Aenderungen der Thatsachen der Geschichte, bald als Aenderungen der Ueberzeugungen, bald als Aenderungen des Begreifens der Menschen (§ 2, II a S. 194 ff.) — Was war in der That nicht schon alles Religion und Kirchenrecht? In der That änderten sich auch die Religionen und das dieselben

Digitized by Google

schützende Kirchenrecht. Es lebt, bewegt und ändert sich in allen seinen ebenangeführten drei Bestandtheilen. — Die innere, materielle Religion der Moral unter 1? Die Aenderungen dieser beweisen die fortwährenden Aenderungen der besten Sitte, der Menschenrechte, der Sklaverei und Leibeigenschaft ꝛc., die Aenderungen des Strafrechts, welches am intensivsten die Verletzungen auch der Moral im Zaume zu halten bestimmt ist: durch Bestrafung von Mord, Körperverletzung, Raub, Diebstahl ꝛc. ꝛc. Wir haben in § 2 II a S. 196 bereits gezeigt, daß kaum eine Verletzung dieser inneren Religion oder Moral besteht, welche nicht einmal zeitlich oder örtlich für erlaubt ja selbst für löblich erachtet wurde; bis beispielsweise zur Ehe des Bruders mit der eigenen Schwester herab!! — Ebenso ändern sich aber und wechseln die formalen und historischen Religionsbestandtheile unter 2, welche die Erkenntnis der Person des Gottes jeder einzelnen Religionsgesellschaft betreffen; geschweige die äußeren Rechtsbildungen unter 3. — Die Formen der vermeintlichen Erscheinungen des, doch allein allwaltenden, einzigen realen Gottes wechselten im Laufe der Jahrtausende bisher bei jeder Religion. Hochklassische Culturvölker des Alterthums, Griechen und Römer haben ihren Göttern vermeintlich für eine Ewigkeit hehre Tempel und Altäre gebaut: Sie alle sind mit ihren Priestern gestürzt! An ihre Stelle trat als Erbin einer Culturwelt eine, gleichfalls nicht von Anfang gegebene, Nachfolgerin des Judenthums, der, das Heidenthum übertreffende Monotheismus des Christenthums. Ihre eigene Mutterreligion mußte dieses so schon „bekehren" wollen, und thatsächlich zeigen sich auch in ihm selbst wieder fortwährend bald neue Traditionen, neuverkündete Dogmen, bald veränderte Organisationen, Reformationen und veränderter Bestand: Mächtige und zahllose Bruchstücke spalteten sich so auch hier von der Mutterkirche: neben Katholiken die mächtigen Spaltungen einer griechischen Kirche, eines Protestantismus, wie zahllose Sekten bis zur Gegenwart; keine christliche Confession besteht so mehr, welche eine ähnliche Alleinherrschaft über die Gewissen des Abendlandes üben und ein gleiches Kirchenrecht zeigen könnte, wie die Kirche des christlich germanischen Mittelalters. Und diese historischen Religionsbestandtheile sind unter sich von wechselnder, unendlicher Mannigfaltigkeit. Der monotheistischen Mutterreligion, dem dereinst vielleicht am starrsten an Formen hängenden Theile, dem älteren Juden erscheinen beispielsweise Medicinalbestimmungen, wie Verbot des Schweinefleischessens, unbedeutende Sabbathschändungen, Cigarrenrauchen am Sabbath ꝛc. als höchst wesentliche Dinge einer (formalen) Religion, statt deren Verletzung er lieber einen Tod erleiden wollte, Dinge, welche ihrer christlichen Tochterreligion gar nicht mehr als wesentlich und Sache der Religion erscheinen; während dieser wieder sacramentale Handlungen, Ehen, Kirchengebote, Begräbnis, Fasten ꝛc. als Sache einer Religion erscheinen, welche andern nicht als solche erscheinen. Aber auch selbst da, wo historische Religionsverschiedenheiten nicht bestehen,

Digitized by Google

wo historische Religionen, ihre Orden ꝛc., mit unendlichen Mühen eine vermeintliche „Religionseinheit“ gerettet haben, ist die Bewegung und Spaltung eine noch weit tiefere, als bei sich nur bekämpfenden streng formalen Confessionen ꝛc. Und zwar nicht blos bei einer Kirche des Orients etwa, welche den Glaubensgetreuen den Mond durch den Aermel des Propheten gehen läßt, sondern auch bei einer christlichen Kirche des Occidents. Auch selbst glaubenseinheitlich bewahrte Staaten, wie Frankreich, spalteten sich dann wechselnd erst recht von der historischen Kirche und errichteten nach Vernunftrecht der Göttin der Vernunft Altäre: Da eben erfaßt auch den ungebildeten Laien schon nur umsomehr der nagende Zweifel; aber auch der ernstesten Forschungen selbst der edelsten Geister der Nationen, ihrer größten Denker, Staatsmänner, Philosophen, Dichter bemächtigt sich dies »non liquet«. — Welche Versöhnung der Forschungen der Geister bietet hier Aussicht? Man glaubt da zwar vielleicht, daß jeder der zahllosen Propheten und Religionsstifter persönlich geschichtlich gegeben war: aber die Offenbarungen der zahllos wechselnden Propheten erscheinen jeder andern Religion und den zweifelnden Philosophien eben mehr und mehr als fromme Legende! Jeder dieser zahllosen Propheten vom Anbeginne der Welt bis zum jüngsten Mahdi und den Mormonen herab beruft sich zwar vielleicht auf Wunder: Aber die Zeugnisse der, so „vom Geiste Erregten“ genügen wieder keiner andern Religion und kaum: einer Wissenschaft. Die historischen Religionen zwar berufen sich auch noch auf einen Finger Gottes: aber auch dieser erscheint jeder anderen Confession aus Wachs gebildet und dreht sich nicht selten gerade gegen die Priesterschaft, welche sich am emsigsten auf denselben beruft! Die Person eines Gottes scheint so wie neutral zwischen den historischen Religionen und Zweifeln zu stehen. Und da sich so diese verschiedenen kämpfenden Extreme nicht selbst das Recht bestimmen können, muß eben zwischen und über diesen Extremen ein gleiches Recht stehen, welches deren Kämpfe entscheidet und über diesen Gegensätzen steht!

Das Nichtverständnis aber des quellengemäßen Lebens des Rechts zwischen und über diesen Gegensätzen und Extremen muß die Krankheitserscheinungen und Kämpfe herbeiführen. So entstand u. a. das, was man einen Culturkampf nennt. Die allgemeine Charakteristik dieser Kämpfe ist, daß die extremen historischen Religionen die sämmtlichen drei, oben zu I aufgeführten Religionsbestandtheile als ihr Recht beanspruchen: sowohl 1. die innere Religion der Moral, als 2. die formale historische Religion, als 3. die äußeren, politischen Rechtsbestandtheile. Während ihnen das extreme Naturrecht seit einer französischen Revolution etwa nur die Pflege der Moral unter 1. zugesteht, dagegen nicht blos das Fortbestehen der politischen Rechte unter 3., sondern zum Theil auch solche noch lebende Rechte unter 2. bekämpft, welche zur realen Existenz solcher Kirchen gehören. So wogen Kämpfe und Revolutionen auch in das Innere des Kirchenrechts! Charakteristisch

Digitized by Google

ist für unsere, durch eine Krankheit der Aprioristik, durch ein „Rechtmachen" seitens der kämpfenden Extreme der Naturrechts- wie der historischen Schule durch und durch zersetzten Zeit weiter, daß auf diese Weise heutzutage kaum mehr ein Berufsstand besteht, der sich nicht a priori überhebt und zur Erreichung seiner aprioristischen Wahnrechte sich allein auch zur politischen Oberherrschaft im Staate berufen dünkt. Vor allem eine Naturrechtsphilosophie sucht den Staat, außerhalb seines Berufs der Wahrung der gegebenen Rechte und Interessen, selbst zu einer höchsten Potenz der Menschheit umzuschaffen; so daß der Staat a priori in alles eingreifen, Religion und Kirche, Wissenschaft, Privatleben leiten sollte. In Consequenz hievon will der Sozialist selbstverständlich den Staat zum Zwecke der Verwerthung seiner körperlichen Arbeit allein, der Communist und Anarchist zum Zwecke seiner Utopien umschaffen. Und selbst der historische Priester will so wieder über den, ihm zugewiesenen Wirkungskreis der Pflege der Gottesverehrung hinaus politisch herrschen, um gleichfalls mit der Macht des Staates (wie im Mittelalter dereinst als freiwillig Beauftragter des Staates), das ganze heutige Culturleben sich unterthänig zu machen, je nach Bedarf die Staatsleitung, die forschende Wissenschaft, die Gemeinde, Familie ꝛc. — Dieser Kampf aber der Extreme ist um so schwieriger zu versöhnen, als keine der extremen Parteien einen Richter über sich anerkennen will. Denn die historischen Religionen, u. zw. jede dieser verschiedenen Religion anders als die andere, und jede für sich ausschließlich, erklären diese sämmtlichen Rechte 1—3 als Religionssache und sich direkt von Gott autorisiert; das Naturrecht dagegen träumt von einer souveränen Vernunft, welche alles beherrschen „müsse". Jedes dieser Extreme verlangt diese gerade entgegengesetzten Rechte so a priori auf den Titel einer „Freiheit". Die Freiheit aber, welche eines dieser Extreme begehrt, ist stets die: der Knechtung des andern, und zudem zumeist mittels unzulässiger, verfassungswidriger, wie auf die Dauer gleichfalls nicht zum Ziele führender Mittel: der Gewalt. Denn jedes Extrem übt selbst Gewalt unter dem Vorwande der eigenen Bedrückung oder Ausnützung, sowie seiner alleinigen Befähigung, zu herrschen! — Lassen wir deshalb jetzt diese aprioristischen Extreme einzeln mit ihren unverhüllten conträren Wünschen, Klagen, wie nie zu befriedigenden Hoffnungen objektiv plaudernd an uns vorüberziehen, damit so vielleicht dereinst eine spätere Jurisprudenz mit einem realen quellengemäßen Wägen zu beginnen im Stande sein möge. Vielleicht dient dies dazu, auch das Kirchenrecht dereinst einer besseren Rechtsschule näher zu bringen, an Stelle der beiden bisherigen extremen!

II. Das aprioristische „historische" Kirchenrecht. — „Historische" Religionen, im Sinne einer historischen Schule etwa, sind solche, welche nicht blos die allseitig anerkannte Pflege der materiellen inneren Religion oder Moral unter 1, sondern auch die Pflege aller früheren Formen der Gottesverehrung unter 2: und alle früheren politischen Aemter, Würden, Privilegien, Antiquitäten des Ritus, Gepränge,



Digitized by Google

Aufzüge ꝛc., wie alle äußeren Ueberwucherungen einer Religion seit Jahrtausenden unter 3, a priori als Religion aufrecht erhalten wollen; ja diese Formen zum Theil noch immer vermehren. — Jede dieser historischen Anschauungen nun Europas, Asiens erachtet sich so auch nach außen durch göttliches Recht allein vom wahren Gotte autorisiert; und doch beansprucht auch jede andere historische Religion gerade so das Gegentheil; keine somit kann sich in die Lage finden, daß eine gleiche Herrschaft aller unmöglich sei. Jede erachtet ihr Recht, wie Savigny's Schule, a priori schon durch eine Vergangenheit gegeben; ihr Schluß ist somit: dies Recht ist vergangen, ergo ist es gegeben. Ihre Rechtsauffassung ist ferner eine privatrechtliche; als ob es auch im Staatsrechte wohlerworbene Rechte gäbe, wie im Civilrechte; als ob nicht der, schon römische Satz gälte: salus publica suprema lex! Namentlich da tritt dies alles hervor, wo es sich um Wiedergewinnung von Rechten, freilich kaum da, wo es sich um ein Aufgeben von Auswüchsen in Hinblick auf die, doch gleichfalls geschichtliche Vorzeit eines Christus und seiner Apostel selbst handelt. Diese ihre weltlichen Machtäußerungen erstreben sie nicht immer direkt; (z. B. ecclesia non sitit sanguinem zur Zeit der Ketzergerichte): Mehr vielleicht nach dem Motto: Auch der König absolut, wenn er uns den Willen thut! —

So entstehen nothwendig die „Kämpfe" speciell des historischen Kirchenrechts: Einmal mit den übrigen historischen Religionen und Confessionen; ferner mit dem Extreme des Naturrechts, welches nur die innere Religion oder Moral unter I, 1 zur Competenz der Kirche gehörig erachtet; endlich mit dem vermittelnden lebenden und praktischen Kirchenrechte und dem Staate, welcher das vermittelnde Recht zwischen diesen Gegensätzen handhaben muß. Der »jurista« des lebenden Kirchenrechts selbst wird den beiden historischen Extremen so zum »nequista«, und die Kämpfe namentlich dieses historischen Kirchenrechts werden um so gewaltthätiger, als der historische Glaube nicht mehr die frühere, gleich fascinierende Macht, wie über kindliche Völker übt; als die historische Kirche, ähnlich der historischen Rechtsschule, ebendeshalb das, was ihr an der Macht der Ueberzeugung fehlt, durch Machteinflüsse und Gewalt von außen zu ersetzen strebt. Dieser Kampf des historischen Kirchenrechts speciell mit den Gegnern erklärt sich somit noch jetzt — wie gesagt — theils aus dem Umstande, daß der frühere Staat eine Theokratie war. Ein Beispiel. So erklärte Moses die ganze damalige Medicinalpolizei zur Religionssache; die bürgerliche Ruhe am Sabbath, die Beschneidung der Männer, die Reinigung der Frauen nach der Geburt, das Verbot des, wohl damals schon trychinösen Schweinefleisches, das Gebot des Schächtens. Der Priester war Medicinalbeamter! Mit dem Wegfall dieses theokratischen Staates werden diese Bestimmungen begrifflich bei Ausscheidung seiner religiösen und weltlichen Gebote als weltliche Medicinalgebote übrig bleiben. Trotzdem entstanden so die Kämpfe eines alten historischen Judenthums gegen das moderne. —

Digitized by Google

Theils erklärte sich dieser Kampf überhaupt aus dem Umstande, daß auch das Kirchenrecht mit der Geschichte, mit den Ueberzeugungen und dem Begreifen des Rechts lebt, sich bewegt und ändert (§ 2 II a S. 194 ff.). Der Kampf des historischen christlichen Kirchenrechts endlich mit dem modernen Staate erklärt sich aus dem, schon soeben I 3, wie zu § 1, 5 I Erwähnten. Die Kirche des Mittelalters namentlich um die Zeit eines Carl des Großen hatte den damaligen germanischen Staat durch den alleinigen Besitz der antiken Bildung des römischen Weltreichs bei weitem überflügelt. Dessen demokratisches, nicht durch Geburtsadel beschränktes Beamtenthum, die Bildung der leitenden Wahlpäpste ꝛc. sicherte der Kirche die Ueberlegenheit einer Bildung gegenüber der bloßen rohen Macht, deren Vortheile ein Franzose drastisch mit der Macht einer Kanone gegenüber dem Speere des Wilden verglich. Die Kirche ward thatsächlich die Vormünderin des unmündigen Staates. Theils infolge Geschäftsführung, theils infolge juristisch widerruflichen Auftrages besorgte sie so alsbald, nahezu die gesammte Staatsleitung vielleicht abgesehen vom Kriegswesen. Sie ward bei dem Ueberwuchern des kirchlichen Gedankens (§ 1, 5 I) a priori zur „politischen" Macht „gemacht". Dies äußerte politische Folgen. Kaum ein weltliches Vorrecht existierte so, welches die christlich germanische Kirche nicht dereinst in einer Vergangenheit einmal genossen und welches deshalb nicht später von ihr als historisch politisches, vermeintlich wohlerworbenes Recht beansprucht werden könnte. Der Hoheprieſter und Papst z. B., welcher die Stellvertretung Gottes auch im weltlichen Staate beanspruchte, und dem Fürsten die ihm selbst nicht gehörige Krone auf das Haupt drückte, sollte er nach falscher historischer Rechtsanschauung eines vergangenen Rechtes nicht alsbald in Versuchung gerathen können, die fremde Krone auch gegen den Willen des berechtigten weltlichen Fürsten sich selbst auf das Haupt zu drücken? Sehen wir ebendeshalb nicht noch jetzt ein hocherhabenes deutsches Herrscherhaus, vorsichtig genug, sich diese Krone aus eigenem weltlichen Rechte, (welches dessenungeachtet von einer höheren Fügung gegeben ist, wie alles, ohne da nothwendig einer Kirche zu gehorchen), vom Tische des Herrn nehmen und so in keiner Weise die Kaiserkrönungen des heiligen römischen Reichs deutscher Nation nachahmen? Haben denn nicht ähnlich selbst Kirchen-Fürsten von der Absetzung weltlicher Fürsten durch eine Kirche gesprochen? Die christliche Kirche des Mittelalters ferner erließ alsbald bürgerliche Gesetze: das canonische Recht; sie übte bürgerliche Gerichtsbarkeit, sie ernannte in Deutschland Richter, wie päpstliche Notare bis in das verflossene Jahrhundert. Der Kirchendiener beanspruchte für sich als solcher Fürstenkronen, Reichsstandschaft, der Clerus Freiheit vom Militärdienste, von Lasten und Steuern. Schwere weltliche Criminalstrafen beahndeten zum Theil bis jetzt noch jedes Rütteln und Zweifeln an dem äußeren Bestande, der Macht und selbst eine Kritik der Religionseinrichtungen. Es bestanden weltliche Strafen wegen



Digitized by Google

Gotteslästerung, Religionsschändung, Ketzerei, Landesverweisungen wegen anderer Gewissensüberzeugungen zur Herstellung einer „Religionseinheit". Ebenso stellte sich die mittelalterliche Kirche vor die Verwaltung des bürgerlichen Menschen. Bei jedem erheblichen Freuden- oder Leidesakte stellte sich der Priester an den Aus- und Eingang, nicht blos um seinen Segen der christlichen Liebe des Apostelthums zu spenden. Nein; während er segnete, schien er alsbald zu folgern, daß ihm das weltliche Recht zustehe, solche bürgerliche Akte allein zu gewähren und zu verweigern. Ein Taufschein bestätigte dereinst zugleich die bürgerliche Geburt und Volksangehörigkeit. Aus dem Umstande, daß der Priester die Ehe, in dem Friedhofe der bürgerlichen Gemeinde die Erde der Ruhestätte segnete, folgerte er alsbald, daß er auch diese bürgerlichen Akte gewähren oder versagen dürfe: Die Ehe ward so ausschließliches Sakrament, der Friedhof Gottesacker. In der weltlichen Schule besorgte er neben dem religiösen den weltlichen Unterricht: Der Lehrer ward Kirchendiener und Meßner zugleich. — Folgt freilich daraus, daß der Priester dereinst den ihm nicht gehörigen Staat bevormundete und selbst vom Staat hiezu widerruflich beauftragt war, daß er ein, der Gottesverehrung fremdes Recht: segnete ꝛc., daß Staat, Ehe, öffentliche Anstalten, Friedhöfe, Schulen ihm als kirchliche gehören: sobald der Staat großjährig geworden, sobald die Geschichte sich bewegt und andere Confessionen als gleichberechtigte neben den bisherigen in den Verband des Staates, der Gemeinde, der Familie ꝛc. eintreten? Ermächtigen ihn frühere Akte einer christlichen Liebe zu Herrschaft und zu Haß wie Nichtduldung anderer Staatsangehörigen? Ist der Staat gott- und religionslos, welcher jede Religion und Gewissensüberzeugung verfassungsgemäß mit gleichem Rechte schützt und über religiösen Parteien und Gewissensfreiheit schirmend steht? — — Mußte das Essen von der, der Kirche nicht gehörigen weltlichen Macht des Staates so, zufolge a priori gemachten Rechtes, nicht den Charakter dieser Vereinigung zur Gottesverehrung verändern, und politisches Machtstreben nicht der Religion der Liebe Eintrag thun können? — —

Dieses politische Machtstreben mußte sich auch in der veränderten Organisation einer kirchlichen Hierarchie ausprägen, welche wieder die Gegner des historischen Kirchenrechtes etwa so bekämpfen. — Nicht der Apostel der ersten Christenheit, der, durch gottergebene Ueberzeugung Erleuchtete und durch werkthätiges Wirken ausgezeichnete Lehrer, der Heilige genieße jetzt mehr die höchste Autorität der Vereinigung zur Gottesverehrung. An der Spitze stehe jetzt ein, stumme Unterwerfung forderndes, absolutes Haupt, welches politische Gründe emporgehoben. Ein Papst, dessen Herr und Meister dereinst kaum gesucht, wohin er sein Haupt lege, glaube jetzt ohne politische Herrschaft über einen Kirchenstaat und ohne orientalisches Fürstengepränge kaum mehr bestehen zu können. Je weniger sie den modernen paritätischen und glaubensfreien Staat ihrem politischen Streben dienstbar

Digitized by Google

finde, desto mehr schaffe sich jetzt die veränderte Kirche selbst zu diesem Zwecke ein Heer von Beamten, welches an Zahl das des Staates überbiete und bis in das letzte Dörfchen vordringe, von Priestern, Affilierten, Sinecuren, männlichen und weiblichen Orden, welche alle zugleich als Agenten einer politischen Herrschaft dienen, welchen eine Ohrenbeichte der innersten Geheimnisse, die Predigt eine öffentliche Meinung, die Liturgie das Mysterium zu Diensten stelle. Man organisiere, zugleich zum politischen Kampfe disciplinierte Orden, welche den ruhelosen Kampf um historische Formen und historische äußere Macht unter den Titel der Religion in geistig unbefangene Volksmassen, in die Familie, Gemeinde und den Staat trage und romantischen Fanatismus rege erhalten. Diesen politischen Kampf um politische Alleinherrschaft unterstützten in Deutschland jene, erst seit 1848 geschaffenen, zahlreichen äußeren Organisationen: Eine sog. religiös-politische Presse, zahllose Vereine; die Wissenschaft sollte durch katholische Universitäten, die Kunst, der Reichthum durch katholische Creditanstalten, Casinos katholischer Kaufleute und Bankiers wie Stiftungen, die Abendruhe durch Gründung geselliger Casinos, katholischer Kriegervereine, der Besitz bis herab zu den katholischen und protestantischen Ställen Augsburgs solle dem politischen Machtstreben dienstbar gemacht werden. So sollte bald auf die Masse des Volkes selbst, bald auf deren Volksvertretung, bald auf die Herrscher beherrschend eingewirkt werden. Führe dies nicht zum Ziele, dann verbinde sich das politische Machtstreben auch der, an Ausübung der Religion nicht gehinderten Kirche nichtsdestoweniger zu Wahlzwecken, Abstimmungen ꝛc. möglicherweise mit allen Gegnern der staatlichen und socialen Ordnung; abwechselnd mit Franzosen, Polen, Slaven, Sozialdemokraten ꝛc. Keine historische Religion sei so mehr von Chauvinismus und Streben nach politischen und Privatvortheilen frei; andere christliche Confessionen, selbst soweit sie nicht glaubten, suchten die Ministerien zu beherrschen. Selbst ein Theil des Judenthums könne eine Zeit lang glauben, durch Beherrschung von Reichthum, Börse, Presse, Einfluß auf Handel und Politik sich zu einer weltbeherrschenden Nation zu erheben, welche nicht blos Religionsgenossen, sondern ein Volk im Volke sei, obgleich doch auch das Judenthum nach Renan in Spanien nicht blos aus Abstammung, sondern auch aus religiöser Propaganda entstanden: bis auch hier ein anderes Extrem: des Antisemitismus reagierte. Und an dieser Ausnützung aller formalen Religionen zu äußeren Zwecken und Gewinn betheilige sich dann der, alle schädigende Geschäftsmann: Er, an keine Religion gebunden, sei Speculant mittels äußerer Macht jeder Religion! Er gründe die religiös-politische, hetzende, aus angeblicher Gottesverehrung politische Herrschaft erstrebende Parteipresse, bringe so Confession gegen Confession ꝛc. auf, um Abonnenten, Rente, Einfluß, Vortheile für sein Geschäft, Reichthum wie politische Macht selbst zu erobern. Gerade er sei dann päpstlicher als der Papst, glaubensreiner als jeder Puritaner! So drohe die Veräußerlichung der formalen

Digitized by Google

historischen Religion über die Religion hinaus zum Nachtheil der Religion zu führen. So die Klagen und Anklagen gegen ein historisches Kirchenrecht seitens seiner Gegner. —

III. Das „Naturrecht" im Kirchenrechte, namentlich seit der französischen Revolution! — Dem aprioristischen Extreme des historisch vergangenen Rechts mußte so das andere aprioristische Extrem eines Naturrechts, mit seiner gleichfalls nur theilweise real berechtigten Vernunftkritik, kämpfend entgegentreten! Dieses achtet umgekehrt möglicherweise nur eine materielle Religion der Moral unter 1, 1, verwirft dagegen jede formale historische unter 2, und die äußere Religion unter 3; jede Hierarchie somit, welche die Religion nur politischem Machtstreben dienstbar erachte, sowie jede Form ohne innere Vertiefung: Es erstrebt „Reform" der historischen Religionen mittels des Geistes allein! — Während jedes historische Bekenntnis sich auf den äußeren Nutzen beruft, welchen gerade sein äußerlicher, formaler Glaube allein gewähre, weil das Volk Moral und formales Bekenntnis nicht zu unterscheiden vermöge; weil es nur aus Furcht vor den Schreckniſſen des Jenseits, welche gerade seine historische Kirche lehre, den heutigen Ausgeburten eines Socialismus, Communismus und einer Anarchie entgegentrete, stützt sich das Naturrecht umgekehrt nur auf den Werth einer innerlichen Religion der Moral. Ohne innere Religion seien die Formen jeder Religion werthlos. Der blos formale Glaube, der unbedingte Gehorsam gegen das äußere politische Machtstreben einer Hierarchie, die Beobachtung aller Feste, Kirchengebote, Fasten ꝛc. mache das Volk niemals moralisch, d. i. auch im Innern besser. Der Mörder vielmehr flehe auch noch, den Dolch im Gewande, zu seiner Madonna; die Betschwester bete ihren Feind, gegen gute Bezahlung auch den Feind eines Andern todt; der Verbrecher begehe nur um so leichter sein Verbrechen, wenn er wisse, daß ihn eine Beichte lossspreche und ein Ablaß die ewigen Strafen sühne. Der Puritaner verstehe Missethaten nicht minder aus Bibelstellen zu rechtfertigen; der jüdische Wucherer, welcher soeben seinem Opfer die Kehle zuschnüre und ihn mit Weib und Kind in die Nacht eines herzzerreißenden Elendes hinausstoße, vergesse gewiß seine Gebetriemen nie. Anarchistische, socialistische Zeitströmungen ließen sich nimmermehr durch Formen heilen, welche diesen längst nur als Legende erschienen, sondern einzig durch innere Religion, wie durch Erforschung der wirthschaftlichen Gesetze, durch thatsächliche Hilfe, einsichtige Belehrung und strenge Handhabung des Rechts! Anderseits kenne doch auch der, nur formenlos Religiöse die Schrecken eines Gewissens, möglicherweise eines Jenseits und mindestens der Ungewißheit eines Jenseits. Ihm winke kein Ablaß. Im Gegentheil degeneriere so durch eine formale Veräußerlichung jede Religion. An die Stelle werkthätiger Liebe eines Apostelthums trete historisch formale Dogmengelehrsamkeit, das äußere Gepränge eines Ritus, die Romantik der bloßen Formen einer Religion und Lippendienst; Gebet, um nicht zu arbeiten, die Vorstellung, daß ein allwissender

Digitized by Google

Gott, entgegen dem alten Dessauer, nach dem fragen werde, was ihm Menschen sagen, welche ihm lange in den Ohren liegen; die Vorstellung, daß er nach dem Lobe der Menschen lüstern sei. Das schon erachte man als (formale, historische) Religion! Eine solche Ueberhebung, dies Uebermaß von Gebet, Gesang ꝛc. vermöge nach Goethe zwar den Menschen selbst zu körperlichem Behagen zu verzücken, die Derwische des Orients, die Indianer in ihren religiösen Kriegsliedern zu mehr, zu Fanatismus und Religionskriegen, ohne aber je einen Geist einer Religion zu beleben! Infolge solcher Veräußerlichungen dränge sich dann nur umsomehr erst der Heuchler, ein Tartüffe, und um so leichter in die vordersten Reihen der Formenpriester, um besseren Unterhaltes, Wohllebens, Reichthums, Ansehens und Macht willen; weil es nur auf den äußeren Schein ankomme: Die Religion werde Deckmantel! Unbeirrt durch Moral könne so gerade durch ihn Religion, Ansehen, Tröstung der Schwachen und Sterbenden zu Erbschleicherei, Wohlleben, Einfluß auf Macht und Politik mißbraucht und so die Religion geschändet werden. Das äußere politische Machtstreben führe alsdann die, hiemit unvertrauten, untergebenen gutgläubigen Seelen irre. Unter dem „Vorwande" einer „Religion" würden sie an den romantischen Triumphwagen einer „weltlichen" Herrschaft einer Kirche gespannt, welche dieser nicht zugehöre, indem jene Religion mit Politik verwechseln. Solcher frommer Seelen bemächtige sich eine rage de nombres; sie kennen keinen andern Wunsch, als Einfluß der Kirche: fast neben jedem Hause eine Kirche, neben mehreren Häusern ein Kloster mit immer wachsenden Insassen zugleich zur Pflege solcher äußerer Macht-Politik. Diese zehrten am meisten von den kargen Sparpfennigen gerade der unwissenden Armen; diese würden so von den wirthschaftlichen Aufgaben des Volkes abgelenkt, ausgesaugt; letzteres verliere so Spannkraft und Macht; sein Vermögen, soweit es der Wucherer nicht schon gefährde, schädige so noch ein historischer Clerus, derselbe, der dies Volk selbst zu Bündnissen mit den inneren und äußeren Feinden des eigenen Staates und zu sog. Religionskriegen um weltliche Herrschaft zu führen vermöge. Ob der, die Kosten wie die Blutsteuern solcher sog. religiös-politischer Kämpfe tragende Laie auch nur die Bedeutung solcher Kämpfe der Confessionen um formale Religion verstehe? Ob er verstehe, in wieviel Gestalten das Abendmahl zu empfangen sei, warum eine Madonna unbefleckt geboren ꝛc.? Aehnliche theologische Streitfragen seien es ja, wegen deren sich historische Confessionen zu bekriegen pflegen! Ob es der Religion je nütze, wenn der verständnislose Laie deshalb wieder einen 30jährigen Krieg schlage, damit das Ausland, das katholische Frankreich unter einem neuen Richelieu wieder unsere Protestanten unterstütze und uns zum zweiten Male wieder ein deutsches Straßburg raube; damit Deutschland als Spielball in den Händen von „Geschäftsleuten" verblute, welche in Religion machen? Ob eine solche politische Herrschaft eines Clerus sich dauernd je behaupten könne? Die geschichtliche

Digitized by Google

Erfahrung zeige, daß allüberall, wo ein Volk der Botmäßigkeit eines Clerus vollständig und blind überantwortet worden sei, dieser niemals im Stande gewesen sei, den Staat dauernd zu beherrschen. An die Stelle des Rechtsstaates trete dann (nach Döllinger) ein Staat der Gnade; diese sei Willkür und führe so nothwendig zu Revolutionen und Wiedervertreibung der den Staat mißverwaltenden Schaaren von Priestern und Mönchen. Der einzelne Priester möge dem Staat dienen und so zu weltlichem Einfluß gelangen; aber nicht als Priester, sondern als Bürger! Zwei weltliche Herrschaften aber, eine weltliche und eine Priesterherrschaft, seien im Staate unmöglich und schädigten Staat wie Religion. Ein, von solcher äußerer Politik vollends geleitetes Oberhaupt der Kirche, ein Papst, vermöge einer Religion nie genügend vorzustehen. Während er die Revolution der Republik Frankreich anerkenne, könne er nimmermehr dem Selbstbestimmungsrechte Italiens im Kirchenstaate die Anerkennung verweigern. Durch ein Gegentheil laufe dieses Papstthum Gefahr, den Staaten statt religiöser Liebe neue Wirren und Kriege zuzuführen, welche mit Religion nichts zu thun hätten: Es müsse den Purpur des Mittelalters mit der inneren Pflege der Religion eines Apostelthums wieder vertauschen, ohne deshalb an wahrer Achtung und Einfluß zu verlieren!

Aus ähnlichen Erwägungen erklärt sich vielleicht, warum ein Naturrecht bisher die Veräußerlichung der historischen Kirche zu staatlicher Herrschaft fortwährend bekämpfen konnte; wie es in sturmesreichen Zeiten einer französischen Revolution z. B., durch Säcularisationen selbst eine tabula rasa, eine Zerstörung der Zwingburg einer staatlichen Herrschaft der Kirche und Verjagung der Priester erstrebte, um alle Religion zur Privatsache des Einzelnen zu gestalten. In ruhigeren Zeiten aber erstrebt es wenigstens aus Vernunftgründen eine größere oder geringere Ausscheidung der politischen Herrschaft von der Pflege der Religion als Gottesverehrung, ohne Rücksicht auf vergangene Geschichte. Vielleicht Gestattung der freien Kritik der Einrichtungen, Gebräuche, vermeintlichen Legenden der historischen Kirche, ob Christus Gott oder Mensch ꝛc., Beschränkung der vermeintlichen Reclamen durch öffentliche Aufzüge und Prozessionen außerhalb der Kirchengebäude, ähnlich den Aufzügen einer Heilsarmee. Befreiung der Schule von äußerer Herrschaft einer Religion, soweit das zartere Kind, wie seine Mährchen, sein Christkind und seinen Osterhasen, auch diese vermeintlichen Legenden noch nicht gern entbehre. Daß aber allüberall da, wo eine Hierarchie nur um den Kaufpreis einer „politischen" Herrschaft Religion lehren wolle, der Staat die Lehre der Moral oder inneren Religion selbst in die Hand nehme, wie in der antiken Welt (oben I 1). Das moderne Leben verdanke dem Staat mehr, als den bloßen Formen der Kirche. Wo es sich aber um eigentliche Wissenschaft für Erwachsene handele, namentlich auf Universitäten, da solle unzweifelhaft Geschichte, Naturforschung, Recht, Politik, Philosophie, Kunst, Technik einzig um ihrer selbst willen gepflegt werden, nicht im

Digitized by Google

Interesse einer blos formalen historischen oder einer äußeren politischen Herrschaft der Priester einer Religion! Namentlich empirische Wissenschaften zeigten allein das, was eine göttliche Schöpfung selbst uns durch Augenschein enthüllt. Kaum werde mit Grund eine formale Kirche den Anblick dessen verdammen können, was ein Gott selbst uns enthüllt. Die Unterscheidung eines Naturrechts lautet deshalb: Aeußere Macht dem Staate, das Gewissen der Gottesverehrung oder Religion. An der Umziehung der früheren „historischen" Befugnisse einer kirchlichen Herrschaft, an einem jus circa sacra, sei nicht die innere Religion selbst schuld, diese werde nicht umzäunt, sondern nur die Veräußerlichung der Religion zu weltlicher Herrschaft! Dies Naturrecht verlangt so mindestens Parität zwischen bisheriger Religion und Glaubensfreiheit. — Dies allenfalls die Ziele des reinen Naturrechts, das die Ziele und Hoffnungen der zumeist gewiß bona fide handelnden, beiden Extreme innerhalb eines Kirchenrechtes! —

IV. Das heutig lebende und praktische Kirchenrecht! — So haben wir näher gesehen, wie auch in der Gegenwart im Kirchenrechte die nämlichen drei Rechtsschulen wiederkehren, wie in jedem andern Rechte: eine historische, Naturrechts- und praktische Schule, und wie ewig zwischen den ersten beiden revolutionären Schulen die letztere, ein reales praktisches Recht wird real, positiv entscheiden müssen! — Sind so nicht auch in der Gegenwart jene beiden bisherigen aprioristischen Extreme selbst revolutionär und schadenbringend gewesen? Das Naturrecht einer französischen Revolution, indem es, wie gesagt, aprioristisch die Staatsgewalt umstrickend, die historisch formale (oben I, 2) Religion aufhob, der Vernunft Altäre errichtete, das Messelesen verbot? Das historische Kirchenrecht, indem einzelne Confessionen gleichfalls um Staatsgewalt buhlen, um die übrigen rechtlos zu zermalmen? Indem es unter dem Namen von Religion auch, nur aprioristisch gemachte, jetzt historisch vergangene, politische Rechte, nämlich jene sog. äußeren Religionsbestandtheile (oben I, 3) ohne Recht erstrebt, und deshalb durch eine, über das Wesen der Religion getäuschte Volksmasse den Staat bekriegte? Gräbt sie so nicht todte, vergangene Rechte wieder aus, welche ihr vielleicht, weder von Anfang an, noch jetzt, weder nach positiv lebender Geschichte, noch de lege ferenda nach Naturrecht, mit Recht zugehörten: politische Vorrechte, Ehecivilgerichtsbarkeit, Civil-Standesregister, Gerichtsprivilegien, gemeinrechtliche Testamentserrichtung des Clerus, Freiheit vom Militärdienst, Rückgabe des confiscierten Vermögens dereinst aufgehobener religiöser Vereinigungen, obgleich rechtlich alles Vermögen aufgelöster Vereine dem Staate zugehört, aus dessen Volksvermögen es entnommen oder zu dessen Gunsten es bestimmt war, Unterdrückung der freien Forschung der Wissenschaft zu Gunsten historischer Formen ꝛc.? Wenn sie wegen solcher politischer Urrechte des Staates die Religion in Gefahr, die für den Gottesdienst bestimmte Kanzel, die sakramentale Beichte, eine (für Deutschland, welches zuvor von politischen Agitationen der Kirchen

Digitized by Google

frei war, erst seit 1848 neue geschaffene) sog. religiös-politische Presse zu Agitationen benützen wollte? — Wie die Politik der historischen Schule des Civilrechts dieses, welches eine staatlich geschützte Moral ist, so verdirbt auch eine historische Anschauung der Religion diese, deren vornehmster Theil gleichfalls Moral ist!

Dies eben sind die beiden revolutionären Gegensätze; sie entscheidet unwillkürlich und unbewußt auch jetzt noch ein drittes Recht, welches weder auf Vernunft allein, noch auf vergangener Geschichte allein beruht, sondern beide Gegensätze suo loco am richtigen Orte zur Geltung bringt: Ein praktisch lebendes Recht, welches von uns erfaßt werden muß, damit nicht der, zwischen denselben selbstlos entscheidende sacerdos justitiae von dem sacerdos einer ecclesia militans fernerhin als jurista nequista mißverstanden werde! Auch dessen Wesen haben dereinst wohl Kirchenrechtsverständige näher zu erforschen! — Wie das übrige praktische Recht wird wohl auch dieses heutige Kirchenrecht seinen positiven Rechtsquellen in der sonst üblichen Stufenfolge (§ 6 II B b) gehorchen. Namentlich werden hier öfters jene sog. höheren Sittengesetze, vom gesammten Volke getragen, ein Naturrecht somit (§ 7, A 4), sich auch geschichtlich primär wirksam zeigen. Eine, in zweiter Reihe wirkende geschichtliche Rechtsquelle ferner, das Gesetz, wird hier zwar von den Extremen nicht immer Anerkennung finden. Denn die historischen Confessionen erklären möglicherweise alle ihre Rechte, auch die vom Staate prekär ihnen überlassenen, als ihnen von „Gott" gegebene, die Naturrechtsphilosophien umgekehrt erklären ihre Anschauungen von „souveräner Vernunft" diktiert! Aber wenn auch nicht über Religion und innere Glaubensfragen, so doch wohl über sog. äußere Religions-, d. i. politische Rechtsbestandtheile (I 3), wird der Staat nichtsdestoweniger — neutral zwischen den historischen Religionen und der verfassungsgemäß garantierten Gewissensfreiheit des Naturrechts — gesetzlich zu entscheiden competent erscheinen. Außerdem werden als Rechtsquellen eine lex contractus, nur nicht privatrechtlich gültig, sondern von der suprema lex des Staatsrechts, der salus publica abhängig (Concordate ꝛc.), Gewohnheitsrecht und subsidiär innere Rechtsgründe zu entscheiden berufen sein. Das: die Rechtsquellen des realen, praktischen Kirchenrechts von heute noch! — Zur Entscheidung aber wird durchgehends, wie zu I bemerkt, vielleicht die dort getroffene Ausscheidung von wesentlichen, inneren wie äußeren „Religionsbestandtheilen" und die Beachtung der Gesetze des „Lebens" des Rechts von wohlthätigem Einflusse sein können. Betrachten wir beides in Beispielen. —

Ausscheidung der verschiedenen „Religionsbestandtheile" (I 1—3). — Diese könnte thatsächlich beispielsweise zur Erklärung einer der jüngst wiederkehrenden Tagesfragen dienlich sein: Die Jesuiten z. B. sind wohl die Träger eines extremen historischen Kirchenrechts, im Gegensatze zu dem, von ihnen als Freimaurerthum ꝛc. betrachteten Naturrechte. Thatsächlich werden dieselben nun trotz auf-

Digitized by Google

opfernder hochachtungswerthester Hingabe für das Wohl und eine vermeintliche Religion der Menschheit bis zu einem Märtyrthume von modernen Staaten ausgeschlossen. Weshalb? Offenbar nirgends wegen Hebung einer inneren Religion oder Moral unter I, 1. Insoweit würden sie ja ohne Zweifel von allen Staaten mit offenen Armen aufgenommen. Denn, wie zu I, 1 gezeigt, der größte Theil des, vom Staate selbst geschützten Privat- wie Strafrechts enthält nichts, als eine emsige Pflege eben dieser Moral! Werden sie ferner ausgeschlossen wegen ihres starren Festhaltens an allen möglichen Formen der historischen Religion? (I, 2.) An sich verletzt auch dies nicht nothwendig andere Ueberzeugungen und Rechte! Ausgeschlossen aber werden dieselben wohl zweifellos thatsächlich von verschiedenen Staaten wegen agitatorischen Festhaltens an sog. äußerer Religion (I, 3), bald an politischer Herrschaft des Papstes, bald wegen ihres Kampfes um jene politischen sog. äußerlich religiösen Rechte (I, 3), welche als Urrechte des Staates erscheinen, bald wegen ihres Kampfes gegen andere Gewissensüberzeugungen. Weil sie zu solchen Zwecken politische Macht, Einfluß auf Staatsleitung, Beherrschung der Monarchen, wie der Leiter der Republiken, Erwerb von Reichthum, Vermehrung der Kirchenbeamten, Orden, der Vereine ꝛc. erstreben. Weil sie auch aus solchen politischen Rechten, gleich eigens hiezu geschulten „Soldaten", den Krieg gegen den, nach real lebendem Rechte berechtigten, modernen Staat eröffnen. Weil die Mittel und Schädigungen eines jeden solchen Krieges auch hier nicht ausbleiben können: blinder Gehorsam im Kampfe ohne Anhören von Rechtsgründen, aufwühlende Agitation, Intoleranz, Fanatismus gegenüber zum Theil berechtigten Gegnern, Zerreißung der innersten Familien, Gemeinden und Staaten mit verschiedenen Religionsbekenntnissen, Bündnisse der inneren Feinde des Staates mit auswärtigen feindlichen Staaten, welche den eigenen Staat geradezu trost-, aber auch für sie zwecklos zerfleischen können! Thatsächlich ist es ja glaubwürdig, daß dies ein, nie endender Kampf ist; daß der Orden, wenn zum Ziele gelangt, immer wieder von neuem von der Höhe herabstürzen und seine Sisyphus-Arbeit immer wieder von neuem beginnen wird, ohne je eine politische Herrschaft der Priester dauernd erhalten zu können: Denn in paritätischen Staaten werden sich die übrigen Glaubensvereinigungen ihrer politischen Herrschaft erwehren, in den, durch historische Religionen gewaltsam vermeintlich glaubenseinheitlich erhaltenen Staaten dagegen, wie z. B. im katholischen Frankreich, werden die Vorkämpfer der Gewissensfreiheit noch weit energischer (wie z. B. bei einer französischen Revolution) reagieren, als gläubige Confessionen! Thatsächlich erklären sich so wohl die Worte des katholischen Theologen Deutinger, daß die Jesuiten durch Uebertreibung in's Extreme alles schädigen: Politik, Wissenschaft, Kunst; und so wohl auch den Segen der Kirche! Thatsächlich ist es so sachlich erklärlich, wie der, hiedurch entflammte Kampf nicht als Religionssache und die, vom Jesuitismus und sonstigen

Digitized by Google

historischen Kirchenrechtsanschauungen geschaffenen und erregten sog. Ultramontanen deshalb nicht immer für eine katholische und überhaupt als Religionspartei anerkannt wurden, weil die von ihnen erkämpften äußeren Kirchenrechte der Ziffer I, 3 objektiv nicht religiöse sind. — Diesen Untersuchungen steht es nicht zu, auch noch zu erwägen, ob die Grundanschauung und Politik des Ordens sich auch jetzt noch, wie zur Zeit eines Carl des Großen bewähren kann: Religion durch Krieg und äußere Macht zu heben. Ob diesen Orden nicht versöhnende Liebe und innere Ueberzeugung der Gegner, wie soeben in England, bei weitem weiter führen würde; wenn er nur, zwar in Bezug auf innere Religion oder Moral (I, 1) gleich lobenswerth eifrig, aber auch in Bezug auf die geschichtlichen Formen der Gottesverehrung und Gewissensfreiheit (I, 2) gegenüber anderen mehr duldsam, endlich in Bezug auf äußere Religion (I, 3) mehr gerecht als kriegerisch, das „unwillkürliche" Leben und sich Bewegen des Rechts erforschen würde, so daß sich bei ihm der Satz nicht mehr bewähren würde: sint ut sunt, aut non sint. — Dies die Unterscheidung der Religionsbestandtheile bei Lösung von Tagesfragen! —

Beispiele ferner, nach welchen Gesetzen das Kirchenrecht heutzutage „lebt"? — Wir wissen, wie dereinst bereits ein Carl der Große in der guten Meinung, Religion und Cultur zu verbreiten, unsere Sachsen mit den Gründen seines Schwertes über die Vorzüge einer christlichen Religion unterrichtete: noch heute wirkt ganz ebenso der englische Missionär mitten zwischen Menschenfressern und Sklavenjägern mittels „Bibel und Flinte Wunder": Das ist die historische Religionseinheit und ein bei Culturentwicklungen wohl stets wiederkehrendes Gewohnheitsrecht, hier des Ortes, dort der Zeit, welches freilich bei culturreifen Staaten nicht mehr besteht. Denn wir wissen beispielsweise, daß diese Religionseinheit in Deutschland, zur Zeit eines 30jährigen Krieges schon, zuerst vorläufig einer historisch-vergangenen Parität wich: cujus regio ejusdem religio: Mit den Klängen jeder neuen Kriegstrommel mußte das arme Volk: aus Gewissensüberzeugung?! Religion wechseln! Manches arme deutsche Städtchen an der Linie der Streitenden besorgte dies vielleicht ein Dutzendmal! Das war das Recht des Paktierens, die lex contractus der Territorialherrn: Bis der große Fritz den Satz proclamierte: In meinen Staaten kann jeder nach seiner Façon selig werden. Das nun war ein Naturrechtssatz, welcher, sobald er ausgesprochen, als Naturrecht allgemeine Ueberzeugung und als höheres Sittengesetz des Naturrechts primär Rechtsquelle ward (§ 7 A 4); später auch noch Gewohnheitsrecht und Gesetz! — So wirken aber die realen Gesetze des „Lebens" des Rechts, die Rechtsquellen auch heutzutage allüberall, selbst unbewußt, im Rechte, nicht von Menschen a priori gemacht, sondern unwillkürlich empirisch gegeben; gleichviel, ob deren Wirken eine Wissenschaft aprioristischer, vermeintlich Recht machender Gelehrter zu erfassen vermöchte, gleichviel, ob ihre Resultate bisher deren extreme Naturrechts- und historischen

Digitized by Google

Schulen doktrinär und fanatisch bekämpften! Weder aprioristisches Naturrecht somit, noch ein aprioristisches historisches Recht allein beherrscht so auch heutzutage hier auf Grund der Rechtsquellen die reale Welt; sondern ein drittes, positives, ein geschichtliches Leben des Rechts einer jeweiligen Gegenwart, das praktische! Während beispielsweise umgekehrt das bloße Naturrecht den Satz aufstellen würde: äußere Macht dem Staate, die Gewissen der Religion, verwirklicht sich zwar de lege ferenda dieser Satz immer mehr; reales, praktisch lebendes Recht ist er aber, wenn wir unsere Rechtsquellen befragen, zur Zeit noch nicht! Denn in realer Wirklichkeit ersehen wir, daß die historischen Kirchen staatlich noch immer politische reale Privilegien besitzen, welche das Naturrecht verwerfen würde. Beispielsweise sitzen Bischöfe und Consistorialpräsidenten noch in Herrenhäusern, Reichsräthen ꝛc.; die Geistlichen der katholischen Kirche genießen in Deutschland jetzt wieder das Privilegium der Befreiung vom Militärdienste als Combattanten; partikularrechtlich z. B. in Franken das Privilegium der Testamentserrichtung; die §§ 166—168 Reichs-Straf-Ges.-B. strafen noch eine ganze Reihe von Fällen der Nichtachtung der blos historischen Lehren, Einrichtungen und Gebräuche, nach der Praxis selbst die Kritik historischer Religionen als Gotteslästerung oder Aergernis staatlich, auch wenn Strafen dem Naturrechte widerstreben. Die Wahl staatlicher Beamten setzt ferner deren Angehörigkeit an historischen Religionen voraus ꝛc. ꝛc. — So steht aber auch heute das reale, lebende und praktische, wie jedes positive Recht, noch immer vermittelnd zwischen neuem Naturrecht und alt vergangenem historischen Rechte des Mittelalters. — Gouverner c'est prevoir. Eine einsichtige Staatsleitung wird daher wohl auch fernerhin fortwährend dies praktische Recht und das quellenmäßige „Leben" des Kirchenrechts in unserem Volke zu beachten und vorzusehen haben, ob beispielsweise eine allgemeine Ueberzeugung des Volkes legislative Aenderungen fordert: Ob staatliche Herrschaft, Agitationen, Formen, selbst Prozessionen gemischter Bezirke, Aufzüge, Zwangsmittel, Bevorzugungen einerseits der historischen Kirchen, anderseits der verfassungsmäßigen Gewissensfreiheit, neuere Erscheinungen, wie die einer Heilsarmee ꝛc. den Frieden, das Zusammenleben der Staatsangehörigen schädigen; ob historische Kirchen in Aemtern, Wissenschaft, Kunst ꝛc. noch das zu leisten vermögen, wie im Mittelalter u. s. w. Kurz ob sie noch „quellengemäß" lebendes Recht zeigen! — — Soweit unser Thema im Allgemeinen, daß nicht die beiden extremen bisherigen Rechtsschulen des Natur- und historischen, sondern nur ein praktisch lebendes Recht auch außerhalb des Civilrechts, in jeder Rechtsdisciplin, einen realen Werth bietet. — —

D. Gegenströmungen gegen Präjudiz und praktisches Recht wie seine Principien auf Seite der Praxis selbst.

I. Das vermeintliche Schwanken unseres praktischen Rechts allein. — Namentlich von unserer Praxis selbst wird gegen dies

Digitized by Google

praktische Recht eingewendet: Durch die Anwendung dieses lebenden und sich bewegenden Rechts entstehen in Praxis und Gesetzgebung Schwankungen; solche entstehen nicht bei dem starren Festhalten der historischen Schule an Vergangenem, am römischen ꝛc. Rechte. Dieses sei deshalb vorzuziehen! — Daß nun im Leben und sich Bewegen des Rechts Aenderungen, bei Einsichtslosigkeit der Rechtspflege, namentlich wenn diese durch doktrinäre Rechtsschulen irregeführt werden kann und selbst klarer Principien einer Schule entbehrt, auch Schwankungen entstehen, unterliegt keinem Zweifel. Jeden Augenblick können Extreme eines Natur- oder vergangenen Rechts ihr Gift in die Entwicklung mischen und stören. Aber ein Leben ist nun einmal aus einem wirklich positiven Rechte nicht zu beseitigen; dies wäre Tod des Rechtes. Und es fragt sich nur: Was ist besser: ein Leben und sich Entwickeln, oder ein Verfaulen? Kann irgend ein lebender Organismus, ein lebender menschlicher Körper, eine lebende Pflanze sich zum Verhüten eines Wachsens in starre Formen zwängen lassen, ohne zu Grunde zu gehen? — Wir werden deshalb jetzt die verschiedenen möglichen Fälle ausscheiden müssen, um zu zeigen, wie selbst dies Schwanken dem Rechtsleben weniger schaden würde, als das Ueberbordwerfen der zwingenden Wahrheiten des Lebens zu Gunsten unserer Extreme!

α) Da, wo ein völlig neues Recht entsteht, in Fällen somit, in welchen für, jetzt neu auftauchende thatsächliche Verhältnisse ꝛc. irgend eine historisch überlieferte römische oder sonstige Rechtsaufzeichnung bisher überhaupt noch nicht vorhanden war, (Fälle in § 2 II a), würden bei einer blos historischen Rechtsdarstellung nichtsdestoweniger ganz gleiche Schwankungen entstehen, wie bei einer praktischen. Im Gegentheile werden hier die Schwankungen innerhalb eines praktischen Rechts weniger schaden, weil hier wenigstens die Autorität der res similiter judicatarum, eben das Präjudiz eines höchsten Gerichtshofes, die Schwankungen des Lebens regelt, welches gerade die ältere historische Schule ausgeschlossen hat (§ 2 u. 3). In diesen bisherigen historisch doktrinären Rechtsdarstellungen, z. B. in Savigny's System des heutigen römischen Rechts nämlich, schwankt das Recht freilich aus einem ganz einfachen Grunde nicht; nur deshalb, weil diese historische Schule eben solche völlig neu auftauchende Rechtsfragen des Lebens und der Praxis sich gar nicht aufwirft, geschweige sie entscheidet. Sie begnügt sich überhaupt mit dem Darstellen der, in ihren Pergamenten bereits fixierten Rechtsbestandtheile der „Vergangenheit", welche eben solch neu auftauchende Tagesfragen noch überhaupt nicht berühren, und überläßt deren Lösung der Praxis: Würde sich aber der Romanismus der älteren historischen Schule auch schon mit solchen, in der Praxis unausweichbar zu entscheidenden Tagesfragen überhaupt befaßt haben, so würde er in diesem Falle, bei dem Nichtplatzgreifen eines historischen Rechts der Vergangenheit, mindestens ebenso schwanken, wie das praktische Recht; ja thatsächlich, wie gesagt, noch mehr, weil er das Präjudiz nicht beachtet!

Digitized by Google

Wir dürfen alsdann über solche neue Fragen eben nur andere, neuere romanistische wie germanistische Lehrbücher, Abhandlungen, Commentare irgend einer Doktrin zu neuen Gesetzbüchern ꝛc. aufschlagen, welche auch solche Tagesfragen wirklich entscheiden: der Erfolg ist bei denselben ganz der gleiche, wie in den Anschauungen der votierenden Richter; wenn sich dieselben also wirklich nicht über solche, historisch niemals geregelte Fragen ganz ausschweigen, so werden sich auch bei ihnen unter zehn Schriftstellern vielleicht neun widersprechen können. Der Grund dieser Erscheinung eben ist allein: die Unvollkommenheit des menschlichen Erkennens überhaupt; der Umstand, daß wir Menschen ein Recht niemals wie ein absolutes Recht erfassen können! — Wie beispielsweise in der Heilkunde die Anschauungen der Aerzte über die Behandlung eines Patienten verschiedene sind, wie selbst in den Idealen der Kunst Geschmacksanschauungen schwanken, wie beispielsweise eine Baukunst vielleicht vom Antiken zum Romanischen, Gothischen, zur Renaissance und zum Rococo immer wieder von neuem einen Kreislauf beschreibt, wie Sprache, Sitten bis zu Moden herab schwanken, so schwanken und ändern sich auch die ernstesten Ueberzeugungen im Rechte. — Aber auch die menschliche Unmöglichkeit schon, die eigene gewollte Ueberzeugung in sich auszutragen und praktisch durchzuführen, trägt zu Schwankungen bei! So z. B. lehrt ein Savigny das primäre Gelten von Gewohnheitsrecht zwar theoretisch, seine thatsächliche Rechtsdarstellung, sein System aber schließt dies: fast alles moderne, heutige Gewohnheitsrecht aus und bewirkt so Schwankungen. Der Praktiker dagegen umgekehrt will, wenn auch unbewußt, frühere Uebungen und Gewohnheitsrecht anwenden. Es fehlt dem Einzelnen aber nicht selten an Zeit, in jedem Urtheile ein Gewohnheitsrecht sofort durch den Lauf von Jahrhunderten zu verfolgen. Er entscheidet also möglicherweise anders, als ein Anderer ꝛc. Diese Schwankungen sind dann auch hier allerdings oft so bedeutend, daß nebenbei der Verf. beispielsweise die von ihm selbst verfolgten Spuren eines, ihm noch so berechtigt erscheinenden Gewohnheitsrechtes z. B. im Besitzrechte des Detentor, im Schmerzengelde ꝛc. beim Urtheilen nie sofort einer eigenen Rechtsprechung aufzudrängen strebte, sondern seine unmaßgeblichen Resultate vorerst der Kritik der Oeffentlichkeit unterbreitete und dieselben nur dann selbst als Richter auf eine Praxis übertrug, wenn sie auf dem Wege eines Präjudizes zur Praxis zurückgelangten. — Kurz bei vollständigen Neubildungen, bei Tagesfragen, bei welchen früher ein geschichtliches Recht überhaupt niemals gegeben oder bekannt war, ist das Schwanken einer historischen Schule und jeder Doktrin mindestens das gleiche, wie innerhalb der Praxis!

β) Da aber, wo ein früher gegebenes historisches Recht durch ein geschichtliches neues Recht beseitigt wird — solche Beispiele sind in § 2 I 2 inbegriffen — da entstehen durch ein blindes, unbelehrbares Festhalten einer historischen Doktrin an dem abgestorbenen Rechte zwar allerdings gleichfalls keine Schwankungen! Die hiedurch

Digitized by Google

eintretende Ruhe aber ist: die Ruhe eines Kirchhofes; denn ein solches historisches Recht schädigt einfach das Rechtsleben und wohlerworbene Rechte, (wie soeben zu § 4 A in Beispielen gezeigt,) oder ertödet dieselben vollends! Und was ist die Hauptsache? Solche Schwankungen der Praxis und ein solches theilweises, allmäliges Fortschreiten derselben zum wahren Rechte ist in diesem Falle niemals rechtsverletzend und schädlich, sondern im Gegentheile geradezu allein rechtlich berechtigt und nützlich: Es ist also besser, daß in Fällen des § 2 I 2 und § 4 A ꝛc. beispielsweise ein Richter dereinst, wenn auch nur in vereinzelten Fällen und ein einziges Mal, einen Sklavenhandel, eine Folter ꝛc. nicht mehr, dem römischen und sonst überlieferten Rechte entsprechend, schützte, nicht mehr Hexen verbrannte, als: wenn er fortfuhr, solche Rechte zu schützen. Es ist auch heutzutage besser, wenn ein völlig rechtmäßiger Besitz ohne animus domini nach § 4 A: der Gemeinderechtsbesitz an unvertheilten Gemeindegründen, der Besitz unter einem suspensiven Eigenthumsvorbehalte, der Besitz eines Kirchenstuhles, eines retinierten Gegenstandes ꝛc. ꝛc., gegenüber einem Strolche, welcher sich animus domini anmaßt, ein einziges Mal geschützt wird, daß dieser Besitzer so einmal wenigstens nicht rechtlos von Haus und Hof, von seinem langjährigen Besitze vertrieben werde, als daß er immer von ihm vertrieben wird. Es ist besser, daß wir Praktiker und Juristen einem Speculanten, welcher aus egoistischen Gründen Mitglied einer heutigen Genossenschaft zu dem dauernden Zwecke einer Wohlthätigkeit, einer Bildung, eines Kunstvereines wird, ein einziges Mal nicht die actio communi dividundo des römischen socius auf Theilung des, edlen Zwecken dienenden Genossenschaftsvermögens gestatten, als wenn wir ihm fortwährend die rechtliche Möglichkeit gewähren, die gemeinsamen Krankenhäuser, Bibliotheken, Gemäldesammlungen zu plündern, zu verkaufen und den Erlös zu vertheilen; besser, daß wir einigemale deutschrechtliche Servituten, Reallasten schützen, als sie jedesmal vernichten! — Zudem ist ja hier gerade bei solchen Neubildungen des Lebens an diesem Schwanken nicht das, correkte auf Grund positiver Rechtsquellen entscheidende lebende und praktische Recht schuld, sondern umgekehrt, das unverständige Festhalten einer Doktrin an den nicht mehr positiven Antiquitäten, also: die falsche historische Schule des Rechtes der gesammten Vergangenheit allein! Würde diese verstehen, was ihrer eigenen Prämisse vom Leben des Rechtes entsprechend wirklich positives Recht ist, dann wären die principiellen Differenzen des Rechtes einer Doktrin und einer Praxis — gerade in diesem zweiten Falle — beseitigt! Doch wird ja für die Dauer sich auch hier die bisherige aprioristische Doktrin dem Anblicke des, zufolge der Rechtsquellen allein begründeten lebenden Rechtes der Gegenwart und seinen Wohlthaten, kurz einer besseren praktischen Schule, ebensowenig entziehen können, als etwa jenes Medicinalcomitee, welches sich bei der Eröffnung der ersten deutschen Eisenbahn deren entsetzlichen Anblicke dadurch entziehen

Digitized by Google

wollte, daß es allen Ernstes vorschlug, dieselbe mit Bre[illegible]rn zu verschlagen. Und — gewinnt die historische Schule endlich Ein[illegible]t: — dann wird auch dies einseitige Schwanken des praktischen [illegible]echts mehr aufhören! Dies ist die einzige mögliche Abhülfe gege[illegible] dies Schwanken unseres Rechts überhaupt!

Damit mußte sich auch der frühere romantische Vorschlag r[illegible]en: zur Beseitigung eben dieses Schwankens, wie statt der Partikularr[illegible]hte zur Erreichung einer Rechtseinheit in Deutschland, die deutschen Partiku[illegible]r-rechte aufzuheben und wieder durch das gemeine römische Recht zu ersetzen! Einem solchen Vorschlag gebricht es eben an jedem Ver[illegible]ständnisse des, von Savigny selbst zugegebenen „Lebens" und sich Bewegens des Rechts! Diese Rechtsaufzeichnungen selbst des Partikularrechts nämlich fixieren, regelmäßig und bestimmter, dieselben Entwicklungen des fortschreitenden Lebens des Rechts, welche im positiven gemeinen Rechte die Praxis aus dem Gewohnheitsrechte mühsam feststellt; und zwar zum Theil materiell besser, als dieselben ein Gewohnheitsrecht ohne gesetzliche Organisationen schaffen könnte; z. B. ein modernes Hypothekenrecht, Grundbuch. — Nach Beseitigung dieser Partikularrechte durch römisches Recht statt einer Aufnahme ihrer Vorzüge in eine einheitliche Gesetzgebung würde sich also das Leben doch wieder bewegen und Bedürfnisse zeigen: Und der Erfolg wäre: wir hätten dann die bisher übernommenen Mühen nur von neuem auf uns zu nehmen! —

II. Ein geläufigster Einwand namentlich der Praxis ist: mit dem Erscheinen einer deutschen Civilgesetzgebung sei das Suchen nach den Grundgesetzen und einer Schule unseres praktischen Rechts werthlos. Denn dann höre die Darstellung des römischen und sonstig vergangenen Rechts seitens der historischen Schule ohnehin auf. Damit aber entfalle die Nothwendigkeit von Principien unseres besonderen praktischen Rechts. — Wir haben die Nothwendigkeit einer Widerlegung dieses Einwandes schon in der Einleitung Ziff. 3 angekündigt, und wiederholen das dort Gesagte hieher Wort für Wort; namentlich, daß eine noch so vollendete Gesetzgebung einer lebenswahren Wissenschaft zu seiner Anwendung erst recht bedürfen werde! Jetzt aber, nachdem wir inzwischen den empirischen Gesetzen des Lebens des Rechts im Thema wie in dessen Bewegung (§ 1, 5 III, § 2 II) näher getreten sind, fügen wir noch folgendes bei.

Kein Gesetzbuch erschöpft das unerschöpfliche, sich bewegende Leben des Rechts! Selbst das umfangreiche römische corpus juris hat es nicht vermocht: Vielleicht die Hälfte aller heutigen Rechtsfragen ist durch dasselbe für unsere heutige Praxis noch ungelöst. Unsere Altvordern betonen eben dies ja mit ihrem bekannten Satze: praxis est multiplex! So sind quantitativ Principien unseres praktischen Rechts unentbehrlich! — Ebenso aber ist die formale Methode des Rechtfindens für uns durch kein Gesetzbuch, ja nicht einmal noch durch unsere bisherige Wissenschaft gelöst! Die unterste Grundfrage



Digitized by Google

Gotteslästerung, Religionsschändung, Ketzerei, Landesverweisungen wegen anderer Gewissensüberzeugungen zur Herstellung einer „Religionseinheit". Ebenso stellte sich die mittelalterliche Kirche vor die Verwaltung des bürgerlichen Menschen. Bei jedem erheblichen Freuden- oder Leidesakte stellte sich der Priester an den Aus- und Eingang, nicht blos um seinen Segen der christlichen Liebe des Apostelthums zu spenden. Nein; während er segnete, schien er alsbald zu folgern, daß ihm das weltliche Recht zustehe, solche bürgerliche Akte allein zu gewähren und zu verweigern. Ein Taufschein bestätigte dereinst zugleich die bürgerliche Geburt und Volksangehörigkeit. Aus dem Umstande, daß der Priester die Ehe, in dem Friedhofe der bürgerlichen Gemeinde die Erde der Ruhestätte segnete, folgerte er alsbald, daß er auch diese bürgerlichen Akte gewähren oder versagen dürfe: Die Ehe ward so ausschließliches Sakrament, der Friedhof Gottesacker. In der weltlichen Schule besorgte er neben dem religiösen den weltlichen Unterricht: Der Lehrer ward Kirchendiener und Meßner zugleich. — Folgt freilich daraus, daß der Priester dereinst den ihm nicht gehörigen Staat bevormundete und selbst vom Staat hiezu widerruflich beauftragt war, daß er ein, der Gottesverehrung fremdes Recht: segnete ꝛc., daß Staat, Ehe, öffentliche Anstalten, Friedhöfe, Schulen ihm als kirchliche gehören: sobald der Staat großjährig geworden, sobald die Geschichte sich bewegt und andere Confessionen als gleichberechtigte neben den bisherigen in den Verband des Staates, der Gemeinde, der Familie ꝛc. eintreten? Ermächtigen ihn frühere Akte einer christlichen Liebe zu Herrschaft und zu Haß wie Nichtduldung anderer Staatsangehörigen? Ist der Staat gott- und religionslos, welcher jede Religion und Gewissensüberzeugung verfassungsgemäß mit gleichem Rechte schützt und über religiösen Parteien und Gewissensfreiheit schirmend steht? — — Mußte das Essen von der, der Kirche nicht gehörigen weltlichen Macht des Staates so, zufolge a priori gemachten Rechtes, nicht den Charakter dieser Vereinigung zur Gottesverehrung verändern, und politisches Machtstreben nicht der Religion der Liebe Eintrag thun können? — —

Dieses politische Machtstreben mußte sich auch in der veränderten Organisation einer kirchlichen Hierarchie ausprägen, welche wieder die Gegner des historischen Kirchenrechtes etwa so bekämpfen. — Nicht der Apostel der ersten Christenheit, der, durch gottergebene Ueberzeugung Erleuchtete und durch werkthätiges Wirken ausgezeichnete Lehrer, der Heilige genieße jetzt mehr die höchste Autorität der Vereinigung zur Gottesverehrung. An der Spitze stehe jetzt ein, stumme Unterwerfung forderndes, absolutes Haupt, welches politische Gründe emporgehoben. Ein Papst, dessen Herr und Meister dereinst kaum gesucht, wohin er sein Haupt lege, glaube jetzt ohne politische Herrschaft über einen Kirchenstaat und ohne orientalisches Fürstengepränge kaum mehr bestehen zu können. Je weniger sie den modernen paritätischen und glaubensfreien Staat ihrem politischen Streben dienstbar

Digitized by Google

finde, desto mehr schaffe sich jetzt die veränderte Kirche selbst zu diesem Zwecke ein Heer von Beamten, welches an Zahl das des Staates überbiete und bis in das letzte Dörfchen vordringe, von Priestern, Affilierten, Sinecuren, männlichen und weiblichen Orden, welche alle zugleich als Agenten einer politischen Herrschaft dienen, welchen eine Ohrenbeichte der innersten Geheimnisse, die Predigt eine öffentliche Meinung, die Liturgie das Mysterium zu Diensten stelle. Man organisiere, zugleich zum politischen Kampfe disciplinierte Orden, welche den ruhelosen Kampf um historische Formen und historische äußere Macht unter den Titel der Religion in geistig unbefangene Volksmassen, in die Familie, Gemeinde und den Staat trage und romantischen Fanatismus rege erhalten. Diesen politischen Kampf um politische Alleinherrschaft unterstützten in Deutschland jene, erst seit 1848 geschaffenen, zahlreichen äußeren Organisationen: Eine sog. religiös-politische Presse, zahllose Vereine; die Wissenschaft sollte durch katholische Universitäten, die Kunst, der Reichthum durch katholische Creditanstalten, Casinos katholischer Kaufleute und Bankiers wie Stiftungen, die Abendruhe durch Gründung geselliger Casinos, katholischer Kriegervereine, der Besitz bis herab zu den katholischen und protestantischen Ställen Augsburgs solle dem politischen Machtstreben dienstbar gemacht werden. So sollte bald auf die Masse des Volkes selbst, bald auf deren Volksvertretung, bald auf die Herrscher beherrschend eingewirkt werden. Führe dies nicht zum Ziele, dann verbinde sich das politische Machtstreben auch der, an Ausübung der Religion nicht gehinderten Kirche nichtsdestoweniger zu Wahlzwecken, Abstimmungen ꝛc. möglicherweise mit allen Gegnern der staatlichen und socialen Ordnung; abwechselnd mit Franzosen, Polen, Slaven, Sozialdemokraten ꝛc. Keine historische Religion sei so mehr von Chauvinismus und Streben nach politischen und Privatvortheilen frei; andere christliche Confessionen, selbst soweit sie nicht glaubten, suchten die Ministerien zu beherrschen. Selbst ein Theil des Judenthums könne eine Zeit lang glauben, durch Beherrschung von Reichthum, Börse, Presse, Einfluß auf Handel und Politik sich zu einer weltbeherrschenden Nation zu erheben, welche nicht blos Religionsgenossen, sondern ein Volk im Volke sei, obgleich doch auch das Judenthum nach Renan in Spanien nicht blos aus Abstammung, sondern auch aus religiöser Propaganda entstanden: bis auch hier ein anderes Extrem: des Antisemitismus reagierte. Und an dieser Ausnützung aller formalen Religionen zu äußeren Zwecken und Gewinn betheilige sich dann der, alle schädigende Geschäftsmann: Er, an keine Religion gebunden, sei Speculant mittels äußerer Macht jeder Religion! Er gründe die religiös-politische, hetzende, aus angeblicher Gottesverehrung politische Herrschaft erstrebende Parteipresse, bringe so Confession gegen Confession ꝛc. auf, um Abonnenten, Rente, Einfluß, Vortheile für sein Geschäft, Reichthum wie politische Macht selbst zu erobern. Gerade er sei dann päpstlicher als der Papst, glaubensreiner als jeder Puritaner! So drohe die Veräußerlichung der formalen

Digitized by Google

historischen Religion über die Religion hinaus zum Nachtheil der Religion zu führen. So die Klagen und Anklagen gegen ein historisches Kirchenrecht seitens seiner Gegner. —

III. Das „Naturrecht" im Kirchenrechte, namentlich seit der französischen Revolution! — Dem aprioristischen Extreme des historisch vergangenen Rechts mußte so das andere aprioristische Extrem eines Naturrechts, mit seiner gleichfalls nur theilweise real berechtigten Vernunftkritik, kämpfend entgegentreten! Dieses achtet umgekehrt möglicherweise nur eine materielle Religion der Moral unter I, 1, verwirft dagegen jede formale historische unter 2, und die äußere Religion unter 3; jede Hierarchie somit, welche die Religion nur politischem Machtstreben dienstbar erachte, sowie jede Form ohne innere Vertiefung: Es erstrebt „Reform" der historischen Religionen mittels des Geistes allein! — Während jedes historische Bekenntnis sich auf den äußeren Nutzen beruft, welchen gerade sein äußerlicher, formaler Glaube allein gewähre, weil das Volk Moral und formales Bekenntnis nicht zu unterscheiden vermöge; weil es nur aus Furcht vor den Schreckniſſen des Jenseits, welche gerade seine historische Kirche lehre, den heutigen Ausgeburten eines Socialismus, Communismus und einer Anarchie entgegentrete, stützt sich das Naturrecht umgekehrt nur auf den Werth einer innerlichen Religion der Moral. Ohne innere Religion seien die Formen jeder Religion werthlos. Der blos formale Glaube, der unbedingte Gehorsam gegen das äußere politische Machtstreben einer Hierarchie, die Beobachtung aller Feste, Kirchengebote, Fasten ꝛc. mache das Volk niemals moralisch, d. i. auch im Innern besser. Der Mörder vielmehr flehe auch noch, den Dolch im Gewande, zu seiner Madonna; die Betschwester bete ihren Feind, gegen gute Bezahlung auch den Feind eines Andern todt; der Verbrecher begehe nur um so leichter sein Verbrechen, wenn er wisse, daß ihn eine Beichte lossspreche und ein Ablaß die ewigen Strafen sühne. Der Puritaner verstehe Missethaten nicht minder aus Bibelstellen zu rechtfertigen; der jüdische Wucherer, welcher soeben seinem Opfer die Kehle zuschnüre und ihn mit Weib und Kind in die Nacht eines herzzerreißenden Elendes hinausstoße, vergesse gewiß seine Gebetriemen nie. Anarchistische, socialistische Zeitströmungen ließen sich nimmermehr durch Formen heilen, welche diesen längst nur als Legende erschienen, sondern einzig durch innere Religion, wie durch Erforschung der wirthschaftlichen Gesetze, durch thatsächliche Hilfe, einsichtige Belehrung und strenge Handhabung des Rechts! Anderseits kenne doch auch der, nur formenlos Religiöse die Schrecken eines Gewissens, möglicherweise eines Jenseits und mindestens der Ungewißheit eines Jenseits. Ihm winke kein Ablaß. Im Gegentheil degeneriere so durch eine formale Veräußerlichung jede Religion. An die Stelle werkthätiger Liebe eines Apostelthums trete historisch formale Dogmengelehrsamkeit, das äußere Gepränge eines Ritus, die Romantik der bloßen Formen einer Religion und Lippendienst; Gebet, um nicht zu arbeiten, die Vorstellung, daß ein allwissender

Digitized by Google

Gott, entgegen dem alten Dessauer, nach dem fragen werde, was ihm Menschen sagen, welche ihm lange in den Ohren liegen; die Vorstellung, daß er nach dem Lobe der Menschen lüstern sei. Das schon erachte man als (formale, historische) Religion! Eine solche Ueberhebung, dies Uebermaß von Gebet, Gesang ꝛc. vermöge nach Goethe zwar den Menschen selbst zu körperlichem Behagen zu verzücken, die Derwische des Orients, die Indianer in ihren religiösen Kriegsliedern zu mehr, zu Fanatismus und Religionskriegen, ohne aber je einen Geist einer Religion zu beleben! Infolge solcher Veräußerlichungen dränge sich dann nur umsomehr erst der Heuchler, ein Tartüffe, und um so leichter in die vordersten Reihen der Formenpriester, um besseren Unterhaltes, Wohllebens, Reichthums, Ansehens und Macht willen; weil es nur auf den äußeren Schein ankomme: Die Religion werde Deckmantel! Unbeirrt durch Moral könne so gerade durch ihn Religion, Ansehen, Tröstung der Schwachen und Sterbenden zu Erbschleicherei, Wohlleben, Einfluß auf Macht und Politik mißbraucht und so die Religion geschändet werden. Das äußere politische Machtstreben führe alsdann die, hiemit unvertrauten, untergebenen gutgläubigen Seelen irre. Unter dem „Vorwande" einer „Religion" würden sie an den romantischen Triumphwagen einer „weltlichen" Herrschaft einer Kirche gespannt, welche dieser nicht zugehöre, indem jene Religion mit Politik verwechseln. Solcher frommer Seelen bemächtige sich eine rage de nombres; sie kennen keinen andern Wunsch, als Einfluß der Kirche; fast neben jedem Hause eine Kirche, neben mehreren Häusern ein Kloster mit immer wachsenden Insassen zugleich zur Pflege solcher äußerer Macht-Politik. Diese zehrten am meisten von den kargen Sparpfennigen gerade der unwissenden Armen; diese würden so von den wirthschaftlichen Aufgaben des Volkes abgelenkt, ausgesaugt; letzteres verliere so Spannkraft und Macht; sein Vermögen, soweit es der Wucherer nicht schon gefährde, schädige so noch ein historischer Clerus, derselbe, der dies Volk selbst zu Bündnissen mit den inneren und äußeren Feinden des eigenen Staates und zu sog. Religionskriegen um weltliche Herrschaft zu führen vermöge. Ob der, die Kosten wie die Blutsteuern solcher sog. religiös-politischer Kämpfe tragende Laie auch nur die Bedeutung solcher Kämpfe der Confessionen um formale Religion verstehe? Ob er verstehe, in wieviel Gestalten das Abendmahl zu empfangen sei, warum eine Madonna unbefleckt geboren ꝛc.? Aehnliche theologische Streitfragen seien es ja, wegen deren sich historische Confessionen zu bekriegen pflegen! Ob es der Religion je nütze, wenn der verständnislose Laie deshalb wieder einen 30jährigen Krieg schlage, damit das Ausland, das katholische Frankreich unter einem neuen Richelieu wieder unsere Protestanten unterstütze und uns zum zweiten Male wieder ein deutsches Straßburg raube; damit Deutschland als Spielball in den Händen von „Geschäftsleuten" verblute, welche in Religion machen? Ob eine solche politische Herrschaft eines Clerus sich dauernd je behaupten könne? Die geschichtliche

Digitized by Google

Erfahrung zeige, daß allüberall, wo ein Volk der Botmäßigkeit eines Clerus vollständig und blind überantwortet worden sei, dieser niemals im Stande gewesen sei, den Staat dauernd zu beherrschen. An die Stelle des Rechtsstaates trete dann (nach Döllinger) ein Staat der Gnade; diese sei Willkür und führe so nothwendig zu Revolutionen und Wiedervertreibung der den Staat mißverwaltenden Schaaren von Priestern und Mönchen. Der einzelne Priester möge dem Staat dienen und so zu weltlichem Einfluß gelangen; aber nicht als Priester, sondern als Bürger! Zwei weltliche Herrschaften aber, eine weltliche und eine Priesterherrschaft, seien im Staate unmöglich und schädigten Staat wie Religion. Ein, von solcher äußerer Politik vollends geleitetes Oberhaupt der Kirche, ein Papst, vermöge einer Religion nie genügend vorzustehen. Während er die Revolution der Republik Frankreich anerkenne, könne er nimmermehr dem Selbstbestimmungsrechte Italiens im Kirchenstaate die Anerkennung verweigern. Durch ein Gegentheil laufe dieses Papstthum Gefahr, den Staaten statt religiöser Liebe neue Wirren und Kriege zuzuführen, welche mit Religion nichts zu thun hätten: Es müsse den Purpur des Mittelalters mit der inneren Pflege der Religion eines Apostelthums wieder vertauschen, ohne deshalb an wahrer Achtung und Einfluß zu verlieren!

Aus ähnlichen Erwägungen erklärt sich vielleicht, warum ein Naturrecht bisher die Veräußerlichung der historischen Kirche zu staatlicher Herrschaft fortwährend bekämpfen konnte; wie es in sturmesreichen Zeiten einer französischen Revolution z. B., durch Säcularisationen selbst eine tabula rasa, eine Zerstörung der Zwingburg einer staatlichen Herrschaft der Kirche und Verjagung der Priester erstrebte, um alle Religion zur Privatsache des Einzelnen zu gestalten. In ruhigeren Zeiten aber erstrebt es wenigstens aus Vernunftgründen eine größere oder geringere Ausscheidung der politischen Herrschaft von der Pflege der Religion als Gottesverehrung, ohne Rücksicht auf vergangene Geschichte. Vielleicht Gestattung der freien Kritik der Einrichtungen, Gebräuche, vermeintlichen Legenden der historischen Kirche, ob Christus Gott oder Mensch ꝛc., Beschränkung der vermeintlichen Reclamen durch öffentliche Aufzüge und Prozessionen außerhalb der Kirchengebäude, ähnlich den Aufzügen einer Heilsarmee. Befreiung der Schule von äußerer Herrschaft einer Religion, soweit das zartere Kind, wie seine Mährchen, sein Christkind und seinen Osterhasen, auch diese vermeintlichen Legenden noch nicht gern entbehre. Daß aber allüberall da, wo eine Hierarchie nur um den Kaufpreis einer „politischen" Herrschaft Religion lehren wolle, der Staat die Lehre der Moral oder inneren Religion selbst in die Hand nehme, wie in der antiken Welt (oben I 1). Das moderne Leben verdanke dem Staat mehr, als den bloßen Formen der Kirche. Wo es sich aber um eigentliche Wissenschaft für Erwachsene handele, namentlich auf Universitäten, da solle unzweifelhaft Geschichte, Naturforschung, Recht, Politik, Philosophie, Kunst, Technik einzig um ihrer selbst willen gepflegt werden, nicht im

Digitized by Google

Interesse einer blos formalen historischen oder einer äußeren politischen Herrschaft der Priester einer Religion! Namentlich empirische Wissenschaften zeigten allein das, was eine göttliche Schöpfung selbst uns durch Augenschein enthüllt. Kaum werde mit Grund eine formale Kirche den Anblick dessen verdammen können, was ein Gott selbst uns enthüllt. Die Unterscheidung eines Naturrechts lautet deshalb: Aeußere Macht dem Staate, das Gewissen der Gottesverehrung oder Religion. An der Umziehung der früheren „historischen" Befugnisse einer kirchlichen Herrschaft, an einem jus circa sacra, sei nicht die innere Religion selbst schuld, diese werde nicht umzäunt, sondern nur die Veräußerlichung der Religion zu weltlicher Herrschaft! Dies Naturrecht verlangt so mindestens Parität zwischen bisheriger Religion und Glaubensfreiheit. — Dies allenfalls die Ziele des reinen Naturrechts, das die Ziele und Hoffnungen der zumeist gewiß bona fide handelnden, beiden Extreme innerhalb eines Kirchenrechtes! —

IV. Das heutig lebende und praktische Kirchenrecht! — So haben wir näher gesehen, wie auch in der Gegenwart im Kirchenrechte die nämlichen drei Rechtsschulen wiederkehren, wie in jedem andern Rechte: eine historische, Naturrechts- und praktische Schule, und wie ewig zwischen den ersten beiden revolutionären Schulen die letztere, ein reales praktisches Recht wird real, positiv entscheiden müssen! — Sind so nicht auch in der Gegenwart jene beiden bisherigen aprioristischen Extreme selbst revolutionär und schadenbringend gewesen? Das Naturrecht einer französischen Revolution, indem es, wie gesagt, aprioristisch die Staatsgewalt umstrickend, die historisch formale (oben I, 2) Religion aufhob, der Vernunft Altäre errichtete, das Messelesen verbot? Das historische Kirchenrecht, indem einzelne Confessionen gleichfalls um Staatsgewalt buhlen, um die übrigen rechtlos zu zermalmen? Indem es unter dem Namen von Religion auch, nur aprioristisch gemachte, jetzt historisch vergangene, politische Rechte, nämlich jene sog. äußeren Religionsbestandtheile (oben I, 3) ohne Recht erstrebt, und deshalb durch eine, über das Wesen der Religion getäuschte Volksmasse den Staat bekriegte? Gräbt sie so nicht todte, vergangene Rechte wieder aus, welche ihr vielleicht, weder von Anfang an, noch jetzt, weder nach positiv lebender Geschichte, noch de lege ferenda nach Naturrecht, mit Recht zugehörten: politische Vorrechte, Ehecivilgerichtsbarkeit, Civil-Standesregister, Gerichtsprivilegien, gemeinrechtliche Testamentserrichtung des Clerus, Freiheit vom Militärdienst, Rückgabe des confiscierten Vermögens dereinst aufgehobener religiöser Vereinigungen, obgleich rechtlich alles Vermögen aufgelöster Vereine dem Staate zugehört, aus dessen Volksvermögen es entnommen oder zu dessen Gunsten es bestimmt war, Unterdrückung der freien Forschung der Wissenschaft zu Gunsten historischer Formen ꝛc.? Wenn sie wegen solcher politischer Urrechte des Staates die Religion in Gefahr, die für den Gottesdienst bestimmte Kanzel, die sakramentale Beichte, eine (für Deutschland, welches zuvor von politischen Agitationen der Kirchen

Digitized by Google

frei war, erst seit 1848 neue geschaffene) sog. religiös-politische Presse zu Agitationen benützen wollte? — Wie die Politik der historischen Schule des Civilrechts dieses, welches eine staatlich geschützte Moral ist, so verdirbt auch eine historische Anschauung der Religion diese, deren vornehmster Theil gleichfalls Moral ist!

Dies eben sind die beiden revolutionären Gegensätze; sie entscheidet unwillkürlich und unbewußt auch jetzt noch ein drittes Recht, welches weder auf Vernunft allein, noch auf vergangener Geschichte allein beruht, sondern beide Gegensätze suo loco am richtigen Orte zur Geltung bringt: Ein praktisch lebendes Recht, welches von uns erfaßt werden muß, damit nicht der, zwischen denselben selbstlos entscheidende sacerdos justitiae von dem sacerdos einer ecclesia militans fernerhin als jurista nequista mißverstanden werde! Auch dessen Wesen haben dereinst wohl Kirchenrechtsverständige näher zu erforschen! — Wie das übrige praktische Recht wird wohl auch dieses heutige Kirchenrecht seinen positiven Rechtsquellen in der sonst üblichen Stufenfolge (§ 6 II B b) gehorchen. Namentlich werden hier öfters jene sog. höheren Sittengesetze, vom gesammten Volke getragen, ein Naturrecht somit (§ 7, A 4), sich auch geschichtlich primär wirksam zeigen. Eine, in zweiter Reihe wirkende geschichtliche Rechtsquelle ferner, das Gesetz, wird hier zwar von den Extremen nicht immer Anerkennung finden. Denn die historischen Confessionen erklären möglicherweise alle ihre Rechte, auch die vom Staate prekär ihnen überlassenen, als ihnen von „Gott" gegebene, die Naturrechtsphilosophien umgekehrt erklären ihre Anschauungen von „souveräner Vernunft" diktiert! Aber wenn auch nicht über Religion und innere Glaubensfragen, so doch wohl über sog. äußere Religions-, d. i. politische Rechtsbestandtheile (I 3), wird der Staat nichtsdestoweniger — neutral zwischen den historischen Religionen und der verfassungsgemäß garantierten Gewissensfreiheit des Naturrechts — gesetzlich zu entscheiden competent erscheinen. Außerdem werden als Rechtsquellen eine lex contractus, nur nicht privatrechtlich gültig, sondern von der suprema lex des Staatsrechts, der salus publica abhängig (Concordate ꝛc.), Gewohnheitsrecht und subsidiär innere Rechtsgründe zu entscheiden berufen sein. Das: die Rechtsquellen des realen, praktischen Kirchenrechts von heute noch! — Zur Entscheidung aber wird durchgehends, wie zu I bemerkt, vielleicht die dort getroffene Ausscheidung von wesentlichen, inneren wie äußeren „Religionsbestandtheilen" und die Beachtung der Gesetze des „Lebens" des Rechts von wohlthätigem Einflusse sein können. Betrachten wir beides in Beispielen. —

Ausscheidung der verschiedenen „Religionsbestandtheile" (I 1—3). — Diese könnte thatsächlich beispielsweise zur Erklärung einer der jüngst wiederkehrenden Tagesfragen dienlich sein: Die Jesuiten z. B. sind wohl die Träger eines extremen historischen Kirchenrechts, im Gegensatze zu dem, von ihnen als Freimaurerthum ꝛc. betrachteten Naturrechte. Thatsächlich werden dieselben nun trotz auf-

Digitized by Google

opfernder hochachtungswerthester Hingabe für das Wohl und eine vermeintliche Religion der Menschheit bis zu einem Märtyrthume von modernen Staaten ausgeschlossen. Weshalb? Offenbar nirgends wegen Hebung einer inneren Religion oder Moral unter I, 1. Insoweit würden sie ja ohne Zweifel von allen Staaten mit offenen Armen aufgenommen. Denn, wie zu I, 1 gezeigt, der größte Theil des, vom Staate selbst geschützten Privat- wie Strafrechts enthält nichts, als eine emsige Pflege eben dieser Moral! Werden sie ferner ausgeschlossen wegen ihres starren Festhaltens an allen möglichen Formen der historischen Religion? (I, 2.) An sich verletzt auch dies nicht nothwendig andere Ueberzeugungen und Rechte! Ausgeschlossen aber werden dieselben wohl zweifellos thatsächlich von verschiedenen Staaten wegen agitatorischen Festhaltens an sog. äußerer Religion (I, 3), bald an politischer Herrschaft des Papstes, bald wegen ihres Kampfes um jene politischen sog. äußerlich religiösen Rechte (I, 3), welche als Urrechte des Staates erscheinen, bald wegen ihres Kampfes gegen andere Gewissensüberzeugungen. Weil sie zu solchen Zwecken politische Macht, Einfluß auf Staatsleitung, Beherrschung der Monarchen, wie der Leiter der Republiken, Erwerb von Reichthum, Vermehrung der Kirchenbeamten, Orden, der Vereine ꝛc. erstreben. Weil sie auch aus solchen politischen Rechten, gleich eigens hiezu geschulten „Soldaten", den Krieg gegen den, nach real lebendem Rechte berechtigten, modernen Staat eröffnen. Weil die Mittel und Schädigungen eines jeden solchen Krieges auch hier nicht ausbleiben können: blinder Gehorsam im Kampfe ohne Anhören von Rechtsgründen, aufwühlende Agitation, Intoleranz, Fanatismus gegenüber zum Theil berechtigten Gegnern, Zerreißung der innersten Familien, Gemeinden und Staaten mit verschiedenen Religionsbekenntnissen, Bündnisse der inneren Feinde des Staates mit auswärtigen feindlichen Staaten, welche den eigenen Staat geradezu trost-, aber auch für sie zwecklos zerfleischen können! Thatsächlich ist es ja glaubwürdig, daß dies ein, nie endender Kampf ist; daß der Orden, wenn zum Ziele gelangt, immer wieder von neuem von der Höhe herabstürzen und seine Sisyphus-Arbeit immer wieder von neuem beginnen wird, ohne je eine politische Herrschaft der Priester dauernd erhalten zu können: Denn in paritätischen Staaten werden sich die übrigen Glaubensvereinigungen ihrer politischen Herrschaft erwehren, in den, durch historische Religionen gewaltsam vermeintlich glaubenseinheitlich erhaltenen Staaten dagegen, wie z. B. im katholischen Frankreich, werden die Vorkämpfer der Gewissensfreiheit noch weit energischer (wie z. B. bei einer französischen Revolution) reagieren, als gläubige Confessionen! Thatsächlich erklären sich so wohl die Worte des katholischen Theologen Deutinger, daß die Jesuiten durch Uebertreibung in's Extreme alles schädigen: Politik, Wissenschaft, Kunst; und so wohl auch den Segen der Kirche! Thatsächlich ist es so sachlich erklärlich, wie der, hiedurch entflammte Kampf nicht als Religionssache und die, vom Jesuitismus und sonstigen

Digitized by Google

historischen Kirchenrechtsanschauungen geschaffenen und erregten sog. Ultramontanen deshalb nicht immer für eine katholische und überhaupt als Religionspartei anerkannt wurden, weil die von ihnen erkämpften äußeren Kirchenrechte der Ziffer I, 3 objektiv nicht religiöse sind. — Diesen Untersuchungen steht es nicht zu, auch noch zu erwägen, ob die Grundanschauung und Politik des Ordens sich auch jetzt noch, wie zur Zeit eines Carl des Großen bewähren kann: Religion durch Krieg und äußere Macht zu heben. Ob diesen Orden nicht versöhnende Liebe und innere Ueberzeugung der Gegner, wie soeben in England, bei weitem weiter führen würde; wenn er nur, zwar in Bezug auf innere Religion oder Moral (I, 1) gleich lobenswerth eifrig, aber auch in Bezug auf die geschichtlichen Formen der Gottesverehrung und Gewissensfreiheit (I, 2) gegenüber anderen mehr duldsam, endlich in Bezug auf äußere Religion (I, 3) mehr gerecht als kriegerisch, das „unwillkürliche" Leben und sich Bewegen des Rechts erforschen würde, so daß sich bei ihm der Satz nicht mehr bewähren würde: sint ut sunt, aut non sint. — Dies die Unterscheidung der Religionsbestandtheile bei Lösung von Tagesfragen! —

Beispiele ferner, nach welchen Gesetzen das Kirchenrecht heutzutage „lebt"? — Wir wissen, wie dereinst bereits ein Carl der Große in der guten Meinung, Religion und Cultur zu verbreiten, unsere Sachsen mit den Gründen seines Schwertes über die Vorzüge einer christlichen Religion unterrichtete: noch heute wirkt ganz ebenso der englische Missionär mitten zwischen Menschenfressern und Sklavenjägern mittels „Bibel und Flinte Wunder": Das ist die historische Religionseinheit und ein bei Culturentwicklungen wohl stets wiederkehrendes Gewohnheitsrecht, hier des Ortes, dort der Zeit, welches freilich bei culturreifen Staaten nicht mehr besteht. Denn wir wissen beispielsweise, daß diese Religionseinheit in Deutschland, zur Zeit eines 30jährigen Krieges schon, zuerst vorläufig einer historisch-vergangenen Parität wich: cujus regio ejusdem religio: Mit den Klängen jeder neuen Kriegstrommel mußte das arme Volk: aus Gewissensüberzeugung?! Religion wechseln! Manches arme deutsche Städtchen an der Linie der Streitenden besorgte dies vielleicht ein Dutzendmal! Das war das Recht des Pakticrens, die lex contractus der Territorialherrn: Bis der große Fritz den Satz proclamierte: In meinen Staaten kann jeder nach seiner Façon selig werden. Das nun war ein Naturrechtssatz, welcher, sobald er ausgesprochen, als Naturrecht allgemeine Ueberzeugung und als höheres Sittengesetz des Naturrechts primär Rechtsquelle ward (§ 7 A 4); später auch noch Gewohnheitsrecht und Gesetz! — So wirken aber die realen Gesetze des „Lebens" des Rechts, die Rechtsquellen auch heutzutage allüberall, selbst unbewußt, im Rechte, nicht von Menschen a priori gemacht, sondern unwillkürlich empirisch gegeben; gleichviel, ob deren Wirken eine Wissenschaft aprioristischer, vermeintlich Recht machender Gelehrter zu erfassen vermöchte, gleichviel, ob ihre Resultate bisher deren extreme Naturrechts- und historischen

Digitized by Google

Schulen doktrinär und fanatisch bekämpften! Weder aprioristisches Naturrecht somit, noch ein aprioristisches historisches Recht allein beherrscht so auch heutzutage hier auf Grund der Rechtsquellen die reale Welt; sondern ein drittes, positives, ein geschichtliches Leben des Rechts einer jeweiligen Gegenwart, das praktische! Während beispielsweise umgekehrt das bloße Naturrecht den Satz aufstellen würde: äußere Macht dem Staate, die Gewissen der Religion, verwirklicht sich zwar de lege ferenda dieser Satz immer mehr; reales, praktisch lebendes Recht ist er aber, wenn wir unsere Rechtsquellen befragen, zur Zeit noch nicht! Denn in realer Wirklichkeit ersehen wir, daß die historischen Kirchen staatlich noch immer politische reale Privilegien besitzen, welche das Naturrecht verwerfen würde. Beispielsweise sitzen Bischöfe und Consistorialpräsidenten noch in Herrenhäusern, Reichsräthen ꝛc.; die Geistlichen der katholischen Kirche genießen in Deutschland jetzt wieder das Privilegium der Befreiung vom Militärdienste als Combattanten; partikularrechtlich z. B. in Franken das Privilegium der Testamentserrichtung; die §§ 166—168 Reichs-Straf-Ges.-B. strafen noch eine ganze Reihe von Fällen der Nichtachtung der blos historischen Lehren, Einrichtungen und Gebräuche, nach der Praxis selbst die Kritik historischer Religionen als Gotteslästerung oder Aergernis staatlich, auch wenn Strafen dem Naturrechte widerstreben. Die Wahl staatlicher Beamten setzt ferner deren Angehörigkeit an historischen Religionen voraus ꝛc. ꝛc. — So steht aber auch heute das reale, lebende und praktische, wie jedes positive Recht, noch immer vermittelnd zwischen neuem Naturrecht und alt vergangenem historischen Rechte des Mittelalters. — Gouverner c'est prevoir. Eine einsichtige Staatsleitung wird daher wohl auch fernerhin fortwährend dies praktische Recht und das quellenmäßige „Leben" des Kirchenrechts in unserem Volke zu beachten und vorzusehen haben, ob beispielsweise eine allgemeine Ueberzeugung des Volkes legislative Aenderungen fordert: Ob staatliche Herrschaft, Agitationen, Formen, selbst Prozessionen gemischter Bezirke, Aufzüge, Zwangsmittel, Bevorzugungen einerseits der historischen Kirchen, anderseits der verfassungsmäßigen Gewissensfreiheit, neuere Erscheinungen, wie die einer Heilsarmee ꝛc. den Frieden, das Zusammenleben der Staatsangehörigen schädigen; ob historische Kirchen in Aemtern, Wissenschaft, Kunst ꝛc. noch das zu leisten vermögen, wie im Mittelalter u. s. w. Kurz ob sie noch „quellengemäß" lebendes Recht zeigen! — — Soweit unser Thema im Allgemeinen, daß nicht die beiden extremen bisherigen Rechtsschulen des Natur- und historischen, sondern nur ein praktisch lebendes Recht auch außerhalb des Civilrechts, in jeder Rechtsdisciplin, einen realen Werth bietet. — —

D. Gegenströmungen gegen Präjudiz und praktisches Recht wie seine Principien auf Seite der Praxis selbst.

I. Das vermeintliche Schwanken unseres praktischen Rechts allein. — Namentlich von unserer Praxis selbst wird gegen dies

Digitized by Google

praktische Recht eingewendet: Durch die Anwendung dieses lebenden und sich bewegenden Rechts entstehen in Praxis und Gesetzgebung Schwankungen; solche entstehen nicht bei dem starren Festhalten der historischen Schule an Vergangenem, am römischen ꝛc. Rechte. Dieses sei deshalb vorzuziehen! — Daß nun im Leben und sich Bewegen des Rechts Aenderungen, bei Einsichtslosigkeit der Rechtspflege, namentlich wenn diese durch doktrinäre Rechtsschulen irregeführt werden kann und selbst klarer Principien einer Schule entbehrt, auch Schwankungen entstehen, unterliegt keinem Zweifel. Jeden Augenblick können Extreme eines Natur- oder vergangenen Rechts ihr Gift in die Entwicklung mischen und stören. Aber ein Leben ist nun einmal aus einem wirklich positiven Rechte nicht zu beseitigen; dies wäre Tod des Rechtes. Und es fragt sich nur: Was ist besser: ein Leben und sich Entwickeln, oder ein Verfaulen? Kann irgend ein lebender Organismus, ein lebender menschlicher Körper, eine lebende Pflanze sich zum Verhüten eines Wachsens in starre Formen zwängen lassen, ohne zu Grunde zu gehen? — Wir werden deshalb jetzt die verschiedenen möglichen Fälle ausscheiden müssen, um zu zeigen, wie selbst dies Schwanken dem Rechtsleben weniger schaden würde, als das Ueberbordwerfen der zwingenden Wahrheiten des Lebens zu Gunsten unserer Extreme!

α) Da, wo ein völlig neues Recht entsteht, in Fällen somit, in welchen für, jetzt neu auftauchende thatsächliche Verhältnisse ꝛc. irgend eine historisch überlieferte römische oder sonstige Rechtsaufzeichnung bisher überhaupt noch nicht vorhanden war, (Fälle in § 2 II a), würden bei einer blos historischen Rechtsdarstellung nichtsdestoweniger ganz gleiche Schwankungen entstehen, wie bei einer praktischen. Im Gegentheile werden hier die Schwankungen innerhalb eines praktischen Rechts weniger schaden, weil hier wenigstens die Autorität der res similiter judicatarum, eben das Präjudiz eines höchsten Gerichtshofes, die Schwankungen des Lebens regelt, welches gerade die ältere historische Schule ausgeschlossen hat (§ 2 u. 3). In diesen bisherigen historisch doktrinären Rechtsdarstellungen, z. B. in Savigny's System des heutigen römischen Rechts nämlich, schwankt das Recht freilich aus einem ganz einfachen Grunde nicht; nur deshalb, weil diese historische Schule eben solche völlig neu auftauchende Rechtsfragen des Lebens und der Praxis sich gar nicht aufwirft, geschweige sie entscheidet. Sie begnügt sich überhaupt mit dem Darstellen der, in ihren Pergamenten bereits fixierten Rechtsbestandtheile der „Vergangenheit", welche eben solch neu auftauchende Tagesfragen noch überhaupt nicht berühren, und überläßt deren Lösung der Praxis: Würde sich aber der Romanismus der älteren historischen Schule auch schon mit solchen, in der Praxis unausweichbar zu entscheidenden Tagesfragen überhaupt befaßt haben, so würde er in diesem Falle, bei dem Nichtplatzgreifen eines historischen Rechts der Vergangenheit, mindestens ebenso schwanken, wie das praktische Recht; ja thatsächlich, wie gesagt, noch mehr, weil er das Präjudiz nicht beachtet!

Digitized by Google

Wir dürfen alsdann über solche neue Fragen eben nur andere, neuere romanistische wie germanistische Lehrbücher, Abhandlungen, Commentare irgend einer Doktrin zu neuen Gesetzbüchern ꝛc. aufschlagen, welche auch solche Tagesfragen wirklich entscheiden: der Erfolg ist bei denselben ganz der gleiche, wie in den Anschauungen der votierenden Richter; wenn sich dieselben also wirklich nicht über solche, historisch niemals geregelte Fragen ganz ausschweigen, so werden sich auch bei ihnen unter zehn Schriftstellern vielleicht neun widersprechen können. Der Grund dieser Erscheinung eben ist allein: die Unvollkommenheit des menschlichen Erkennens überhaupt; der Umstand, daß wir Menschen ein Recht niemals wie ein absolutes Recht erfassen können! — Wie beispielsweise in der Heilkunde die Anschauungen der Aerzte über die Behandlung eines Patienten verschiedene sind, wie selbst in den Idealen der Kunst Geschmacksanschauungen schwanken, wie beispielsweise eine Baukunst vielleicht vom Antiken zum Romanischen, Gothischen, zur Renaissance und zum Rococo immer wieder von neuem einen Kreislauf beschreibt, wie Sprache, Sitten bis zu Moden herab schwanken, so schwanken und ändern sich auch die ernstesten Ueberzeugungen im Rechte. — Aber auch die menschliche Unmöglichkeit schon, die eigene gewollte Ueberzeugung in sich auszutragen und praktisch durchzuführen, trägt zu Schwankungen bei! So z. B. lehrt ein Savigny das primäre Gelten von Gewohnheitsrecht zwar theoretisch, seine thatsächliche Rechtsdarstellung, sein System aber schließt dies: fast alles moderne, heutige Gewohnheitsrecht aus und bewirkt so Schwankungen. Der Praktiker dagegen umgekehrt will, wenn auch unbewußt, frühere Uebungen und Gewohnheitsrecht anwenden. Es fehlt dem Einzelnen aber nicht selten an Zeit, in jedem Urtheile ein Gewohnheitsrecht sofort durch den Lauf von Jahrhunderten zu verfolgen. Er entscheidet also möglicherweise anders, als ein Anderer ꝛc. Diese Schwankungen sind dann auch hier allerdings oft so bedeutend, daß nebenbei der Verf. beispielsweise die von ihm selbst verfolgten Spuren eines, ihm noch so berechtigt erscheinenden Gewohnheitsrechtes z. B. im Besitzrechte des Detentor, im Schmerzengelde ꝛc. beim Urtheilen nie sofort einer eigenen Rechtsprechung aufzudrängen strebte, sondern seine unmaßgeblichen Resultate vorerst der Kritik der Oeffentlichkeit unterbreitete und dieselben nur dann selbst als Richter auf eine Praxis übertrug, wenn sie auf dem Wege eines Präjudizes zur Praxis zurückgelangten. — Kurz bei vollständigen Neubildungen, bei Tagesfragen, bei welchen früher ein geschichtliches Recht überhaupt niemals gegeben oder bekannt war, ist das Schwanken einer historischen Schule und jeder Doktrin mindestens das gleiche, wie innerhalb der Praxis!

β) Da aber, wo ein früher gegebenes historisches Recht durch ein geschichtliches neues Recht beseitigt wird — solche Beispiele sind in § 2 I 2 inbegriffen — da entstehen durch ein blindes, unbelehrbares Festhalten einer historischen Doktrin an dem abgestorbenen Rechte zwar allerdings gleichfalls keine Schwankungen! Die hiedurch

Digitized by Google

eintretende Ruhe aber ist: die Ruhe eines Kirchhofes; denn ein solches historisches Recht schädigt einfach das Rechtsleben und wohlerworbene Rechte, (wie soeben zu § 4 A in Beispielen gezeigt,) oder ertödet dieselben vollends! Und was ist die Hauptsache? Solche Schwankungen der Praxis und ein solches theilweises, allmäliges Fortschreiten derselben zum wahren Rechte ist in diesem Falle niemals rechtsverletzend und schädlich, sondern im Gegentheile geradezu allein rechtlich berechtigt und nützlich: Es ist also besser, daß in Fällen des § 2 I 2 und § 4 A ꝛc. beispielsweise ein Richter dereinst, wenn auch nur in vereinzelten Fällen und ein einziges Mal, einen Sklavenhandel, eine Folter ꝛc. nicht mehr, dem römischen und sonst überlieferten Rechte entsprechend, schützte, nicht mehr Hexen verbrannte, als: wenn er fortfuhr, solche Rechte zu schützen. Es ist auch heutzutage besser, wenn ein völlig rechtmäßiger Besitz ohne animus domini nach § 4 A: der Gemeinderechtsbesitz an unvertheilten Gemeindegründen, der Besitz unter einem suspensiven Eigenthumsvorbehalte, der Besitz eines Kirchenstuhles, eines retinierten Gegenstandes ꝛc. ꝛc., gegenüber einem Strolche, welcher sich animus domini anmaßt, ein einziges Mal geschützt wird, daß dieser Besitzer so einmal wenigstens nicht rechtlos von Haus und Hof, von seinem langjährigen Besitze vertrieben werde, als daß er immer von ihm vertrieben wird. Es ist besser, daß wir Praktiker und Juristen einem Speculanten, welcher aus egoistischen Gründen Mitglied einer heutigen Genossenschaft zu dem dauernden Zwecke einer Wohlthätigkeit, einer Bildung, eines Kunstvereines wird, ein einziges Mal nicht die actio communi dividundo des römischen socius auf Theilung des, edlen Zwecken dienenden Genossenschaftsvermögens gestatten, als wenn wir ihm fortwährend die rechtliche Möglichkeit gewähren, die gemeinsamen Krankenhäuser, Bibliotheken, Gemäldesammlungen zu plündern, zu verkaufen und den Erlös zu vertheilen; besser, daß wir einigemale deutschrechtliche Servituten, Reallasten schützen, als sie jedesmal vernichten! — Zudem ist ja hier gerade bei solchen Neubildungen des Lebens an diesem Schwanken nicht das, correkte auf Grund positiver Rechtsquellen entscheidende lebende und praktische Recht schuld, sondern umgekehrt, das unverständige Festhalten einer Doktrin an den nicht mehr positiven Antiquitäten, also: die falsche historische Schule des Rechtes der gesammten Vergangenheit allein! Würde diese verstehen, was ihrer eigenen Prämisse vom Leben des Rechtes entsprechend wirklich positives Recht ist, dann wären die principiellen Differenzen des Rechtes einer Doktrin und einer Praxis — gerade in diesem zweiten Falle — beseitigt! Doch wird ja für die Dauer sich auch hier die bisherige aprioristische Doktrin dem Anblicke des, zufolge der Rechtsquellen allein begründeten lebenden Rechtes der Gegenwart und seinen Wohlthaten, kurz einer besseren praktischen Schule, ebensowenig entziehen können, als etwa jenes Medicinalcomitee, welches sich bei der Eröffnung der ersten deutschen Eisenbahn deren entsetzlichen Anblicke dadurch entziehen

Digitized by Google

wollte, daß es allen Ernstes vorschlug, dieselbe mit Brettern zu verschlagen. Und — gewinnt die historische Schule endlich Einsicht: — dann wird auch dies einseitige Schwanken des praktischen Rechts mehr aufhören! Dies ist die einzige mögliche Abhülfe gegen dies Schwanken unseres Rechts überhaupt!

Damit mußte sich auch der frühere romantische Vorschlag richten: zur Beseitigung eben dieses Schwankens, wie statt der Partikularrechte zur Erreichung einer Rechtseinheit in Deutschland, die deutschen Partikularrechte aufzuheben und wieder durch das gemeine römische Recht zu ersetzen! Einem solchen Vorschlag gebricht es eben an jedem Verständnisse des, von Savigny selbst zugegebenen „Lebens" und sich Bewegens des Rechts! Diese Rechtsaufzeichnungen selbst des Partikularrechts nämlich fixieren, regelmäßig und bestimmter, dieselben Entwicklungen des fortschreitenden Lebens des Rechts, welche im positiven gemeinen Rechte die Praxis aus dem Gewohnheitsrechte mühsam feststellt; und zwar zum Theil materiell besser, als dieselben ein Gewohnheitsrecht ohne gesetzliche Organisationen schaffen könnte; z. B. ein modernes Hypothekenrecht, Grundbuch. — Nach Beseitigung dieser Partikularrechte durch römisches Recht statt einer Aufnahme ihrer Vorzüge in eine einheitliche Gesetzgebung würde sich also das Leben doch wieder bewegen und Bedürfnisse zeigen: Und der Erfolg wäre: wir hätten dann die bisher übernommenen Mühen nur von neuem auf uns zu nehmen! —

II. Ein geläufigster Einwand namentlich der Praxis ist: mit dem Erscheinen einer deutschen Civilgesetzgebung sei das Suchen nach den Grundgesetzen und einer Schule unseres praktischen Rechts werthlos. Denn dann höre die Darstellung des römischen und sonstig vergangenen Rechts seitens der historischen Schule ohnehin auf. Damit aber entfalle die Nothwendigkeit von Principien unseres besonderen praktischen Rechts. — Wir haben die Nothwendigkeit einer Widerlegung dieses Einwandes schon in der Einleitung Ziff. 3 angekündigt, und wiederholen das dort Gesagte hieher Wort für Wort; namentlich, daß eine noch so vollendete Gesetzgebung einer lebenswahren Wissenschaft zu seiner Anwendung erst recht bedürfen werde! Jetzt aber, nachdem wir inzwischen den empirischen Gesetzen des Lebens des Rechts im Thema wie in dessen Bewegung (§ 1, 5 III, § 2 II) näher getreten sind, fügen wir noch folgendes bei.

Kein Gesetzbuch erschöpft das unerschöpfliche, sich bewegende Leben des Rechts! Selbst das umfangreiche römische corpus juris hat es nicht vermocht: Vielleicht die Hälfte aller heutigen Rechtsfragen ist durch dasselbe für unsere heutige Praxis noch ungelöst. Unsere Altvordern betonen eben dies ja mit ihrem bekannten Satze: praxis est multiplex! So sind quantitativ Principien unseres praktischen Rechts unentbehrlich! — Ebenso aber ist die formale Methode des Rechtfindens für uns durch kein Gesetzbuch, ja nicht einmal noch durch unsere bisherige Wissenschaft gelöst! Die unterste Grundfrage



Digitized by Google

dieser Methode, — ob das Recht nach unseren bisherigen aprioristischen Rechtsschulen gefunden werden muß: ob auf Grund einer „Naturrechtsschule", mittels Vernunft, Billigkeit, ratio allein, ob auf Grund der vergangenen Geschichte einer „historischen Rechtsschule", oder aber auf Grund einer jetzt erst zu erfassenden, dritten „praktischen", unmittelbar aus dem quellengemäßen Leben des Rechts selbst, — wird deshalb auch dann niemals verstummen: Solange nicht, bis sie durch Einsicht in die entscheidenden Gründe wissenschaftlich gelöst und die bisherigen aprioristischen Gegensätze und Schulen verschwunden sein werden. — Besteht die, wenigstens theoretisch noch jetzt in unserer Doktrin herrschende historische Schule (§ 3 IV) fort, wonach alles Recht nur durch eine geschichtliche „Vergangenheit" gegeben sein sollte, so wird diese historische Schule nur kurze Zeit aufhören, bewußt oder unbewußt wieder um eine Herrschaft zu ringen und das lebende Recht zu schädigen. Der alte Kampf zwischen Theorie und Praxis, zwischen historischer und praktischer Schule wird dann von neuem alsbald wieder entflammen! Auch die vollendetste Darstellung unseres kommenden Civilgesetzbuches wird nämlich infolge des rastlosen, nie endenden sich Bewegens und Fortschreitens des geschichtlich lebenden, heutigen Rechts alsbald wieder bei neu auftauchenden Verhältnissen (§ 2 II a) in einzelnen Partieen veralten; in andern werden sich vielleicht von Anfang an Lücken zeigen. Ja diese Bewegung unseres Civilrechts in Deutschland wird nach dem Erscheinen des neuen Civilgesetzbuchs vielleicht eine, noch weit mehr intensive werden, als zuvor. Einmal gehen wir schon infolge der Einheit unserer Rechtspflege einer weit reicheren Erkenntnis und Entwicklung unseres Rechtslebens entgegen. Die Entwicklung, welche sich so bis jetzt auf gemeines, preußisches, bayerisches, sächsisches Recht, code civil etc. vertheilt hat, wird einheitlich fühlbar! Zweitens ist auch unser Verkehr ein reicherer, als zuvor. Drittens ist unsere Rechtsentwicklung bisher durch unsere historische Schule gewaltsam so ungemein zurückgehalten worden; weil diese ja bisher, infolge ihrer einseitigen Pflege des Rechts der gesammten historischen Vergangenheit wenigstens vielfach die Entwicklung des praktischen lebenden Rechts, die Tagesfrage von der Litteratur ausschloß und dadurch zurückhielt. Diese Tagesfrage wird sich dann umsomehr Geltung verschaffen. Bisher konnten deshalb zumeist im Präjudize nur vereinzelte, nicht ausgebildete neue Keime eines geschichtlich lebenden Rechtes nach Art des § 2 I 2 zu Tage treten. Wie an Archimedischen Punkten aber werden sich dann an ihnen alsbald vielleicht niedergehaltene neue Institute ansetzen, bewegen und zu Tage treten. Solche liegen zwar z. B. vielleicht noch schlummernd und theoretisch unerfaßt in den Entscheidungen des Reichsgerichts, in Seufferts Archiv und Blättern für Rechtsanwendung ꝛc. ꝛc. zerstreut und aufgespeichert vor. In dem Momente, in welchem die Herrschaft der hemmenden historisch antiquarischen Schule fällt, wird auch die entfesselte Theorie eingreifen und vielleicht auch in unserer Wissenschaft ein

Digitized by Google

reiches, lebensvolleres Erfassen des Rechts, gleich dem Roms, emporblühen. Viertens kann auch das neue Gesetzbuch menschlicherweise so manches vergessen. Setzen wir den, nicht gegebenen Fall, unsere Gesetzgebung vergäße je „ähnliche" Bestimmungen, wie das Verbot einer Sklaverei, die Zulässigkeit einer Reallast, Paternitätsklage: aus welchem Grunde soll jene ausgeschlossen, diese Rechte zugelassen werden. Aehnliches adjuvare, supplere, corrigere und noch manches andere wird klare Principien des lebenden praktischen Rechts bedingen! — Ist aber ein ausreichendes wissenschaftliches Princip nicht gefunden, bleibt Praxis und Theorie zerfahren, dann wird eben nur eine neue, nicht auf Principien reducierte Masse von Präjudizien unsere Präjudiziensammlung von neuem füllen, so daß nach wenigen Jahrzehnten der Ruf nach einer neuen Gesetzgebung erschallen wird, um die fortwährende Bewegung des geschichtlich lebenden Rechts einheitlich festzustellen, weil eine Wissenschaft nicht praktisch, lebenswahr genug ist, sie nach Römerart zu beherrschen. Diesen Kampf, diese Schwankungen, diese fortwährenden Codifikationen also kann nur eine praktische Schule mildern!

Dafür, daß auch nach einer neuen Civilgesetzgebung bisher schon Präjudizien unentbehrlich waren und deshalb fortwährend Principien für dieselben nothwendig werden, haben wir ja Belege vielleicht dutzendfach vor uns. Wieviele Civilgesetzgebungen sind schon über aller Herren Länder dahingegangen; über Frankreich, Spanien, Italien, partikularrechtliche über Deutschland! In Bayern bestehen noch jetzt etwa 40 in Geltung; dort gilt noch jetzt auf engem Raume bayerisches, preußisches, österreichisches, fränkisches, französisches Landrecht eines code civil etc. etc.! Auch außer dem Civilrechte gab es ganz ebenso Gesetzgebungen, im Strafrechte, in den verschiedensten Prozessen, im Staatsrechte ꝛc.! Ist nun nach irgend einer solchen Gesetzgebung je ein praktisches Recht und sein Präjudiz, dieses Spiegelbild des fortdauernden, beweglichen Lebens, verstummt? Im Gegentheil, nach jeder solchen neuen Gesetzgebung ist die Praxis und das Präjudiz, ähnlich wie seit dem 4 Männer-Commentare ꝛc. des preuß. Landrechts ꝛc. ꝛc. bis auf die Gegenwart, erst recht hervorgetreten, noch stärker wie zuvor: Und Grundsätze, eine Theorie dieser Praxis ist erst recht nothwendig. Nicht nur, wie gesagt, um die regelmäßige Entwicklung, wie zuvor, fortwährend aufzuzeichnen, sondern auch um die neue Gesetzgebung in die alten, stehenbleibenden Geleise einzufügen; und dies Einfügen macht anfänglich gewiß nahezu mehr zu thun, als die laufende, regelmäßige Entwicklung! Wir bedürfen also festerer Principien eines praktischen oder lebenden Rechts als bisher, auch dann, wenn zu den Dutzenden Civilgesetzbüchern, welche wir bisher schon gehabt, noch ein neues hinzutritt! Wir bedürfen fester Principien, sowohl um selbst richtig zu urtheilen oder Recht darzustellen, als auch, um andere richtig zu beurtheilen und sie selbst zu überzeugen!



Digitized by Google

So gehört die allgemeiner geläufige Meinung, daß wir nach dem Erlasse unseres deutschen Civilgesetzbuches keines Präjudizes, keiner Principien und so keiner festen klaren Schule unseres praktischen Rechts mehr bedürfen, gewiß zu jenen vielen überschwänglichen Vorstellungen, welche sich immer wieder an das Erscheinen neuer Gesetzbücher legendenhaft von neuem knüpfen, um jedesmal von neuem wieder Enttäuschungen hervorzurufen! Sie gleicht an Stärke der Illusion der umgekehrten Romantik der historischen Schule, welche durch Nichtzulassen eines neuen Gesetzbuchs und durch die Wiedereinführung des reinen, classischen römischen Rechts zu jenem bekannten quietistischen Begriffshimmel unserer Theorie für ewige Zeiten emporsteigen zu können wähnte (§ 3)! Und diese Illusionen sind überhaupt nicht die einzigen. „Der Jurist" — erklärte allen Ernstes einmal ein älterer Militär — „hat es leicht. Er schlägt sein Gesetzbuch auf und: entscheidet danach den Fall. Damit basta! Er allein weiß, wie er daran ist!" — Zumal der praktische Jurist aber, welcher inmitten der reichen Bewegung des Rechts der Gegenwart, in dem fortwährenden Kampfe des alten und neuen Rechtes steht, weiß vielleicht leider nur zu gut, daß so manches Recht auch dann, auch bei dem Vorliegen eines neuen wie eines Dutzendes von früheren Partikulargesetzbüchern erst für uns gegeben oder positiv sein wird, wenn es aus den verschiedenen Rechtsquellen: Gesetz, praktische Gewohnheiten und Wissenschaft, „richtig gefunden" ist. Und dies Finden eben ist ja doch oft noch ein recht schweres Stück Arbeit und bedarf vor allem Principien, welche die Bewegung des Rechts beachten. Alle unsere doktrinären Schulen haben es bisher noch nicht so ganz fertig gebracht!

Wir können uns hier vielleicht wieder den Umstand, wie selbst auch schon bloße Aufzeichnungen lebender, thatsächlich gegebener Verhältnisse mit der Zeit, infolge der Bewegung der Geschichte, unzuverlässig werden und einer fortwährenden Ergänzung des Gegebenen in einer Praxis bedürfen, durch ein Gleichnis unterstützen, welches zutreffen wird, gleichviel ob solche Aufzeichnungen auf freiwilligen Antrieb einer Wissenschaft oder auf Befehl eines Gesetzgebers erfolgen. Um wieviel mehr also muß sich selbst die Aufzeichnung eines lebenden Rechts durch eine Gesetzgebung späterhin wieder ändern können, welches, wie in § 2 II a gezeigt, sich doch nicht blos in seinen thatsächlichen Grundlagen, sondern überdies auch in seinen inneren Ueberzeugungen und in seinen technischen Begriffen ändert, und Principien bedürfen wird. — Nehmen wir beispielsweise an, auf Befehl eines Gesetzgebers, zur Ausführung einer Catastrierung etwa, zu Grenzberichtigungen ꝛc., ist die Aufzeichnung eines doch thatsächlich gegebenen geographischen Landstriches in einem Plane oder einer Landkarte, wenn auch nur thatsächlich, erfolgt und gesetzlich sanktioniert worden. Man sollte glauben, wenigstens an solch' thatsächlichen Verhältnissen werde sich nichts ändern können. Da werden nun auch zwar, — Hochfluthen, Erdbeben, Bergstürze, Veränderungen

Digitized by Google

durch reißende Ströme ꝛc. abgerechnet, — einzelne feste Bestandtheile, Grundstücke, Gebirge, Flüsse ꝛc. ewig verbleiben. Alles andere aber, was nur je ein Leben beeinflussen kann, wird sich „ändern"! Es entstehen da beispielsweise: völlig neue Ortschaften. Dort werden andere: durch Brand, Kriege, Wasser zerstört; andere werden mit größeren Orten vereinigt und verschwinden so wenigstens dem Namen nach auf der Karte. Der Geograph wird ferner auf der Karte bald neue Brücken, neue Eisenbahnen, Verbindungswege einzeichnen müssen; es entstehen endlich andere größere oder kleinere Staaten und Grenzen, wie soeben Italien, Deutschland ꝛc.; kurz die ausführlichste Landkarte veraltet in wenigen Jahrzehnten. Zudem ist aber auch diese officielle Karte zumeist gar nicht als eine Specialkarte gedacht und gewollt. Sowenig, wie jedes Civilgesetzbuch eine erschöpfende Casuistik bieten kann, wird auch diese nicht immer alle einzelnen Ortschaften, Flüsse, Stege, Quellen ꝛc. verzeichnen: Derjenige also, welcher sich praktisch im Leben in dem bestimmten Landstriche bewegen, aufhalten, wohnen und ihn übersehen muß, wird durch die Landkarte schon an sich nie so thatsächlich orientiert sein, wie er dies in den einzelnen Bedürfnissen des Lebens vielleicht bedarf! — So ähnlich werden auch die Aufzeichnungen des kommenden Civilgesetzbuches schon das reichhaltige bloße thatsächliche Rechtsleben nie erschöpfen — gar nicht zu gedenken der tausendfältigen Rechtsfragen unserer Praxis, zu deren Finden wir eben auch fester positiver praktischer Principien bedürfen.

Wir brauchen daher gar nicht zu erwähnen, daß mit dem Erlasse eines neuen Gesetzbuches überdies selbst das alte bisherige gemeine Recht gar nicht vollständig sofort aufgehoben erscheint, welches bisher unsere gemeinrechtliche Praxis durch ihre concludenten Principien regelte; daß wir auch zu dessen fortwährender Regelung an sich, wie zur Klärung der Anschauung unserer Doktrin eben gleichfalls praktische Principien, nach- wie vorher, bedürfen; daß auch nach dem Erlasse einer neuen Civilgesetzgebung das alte gemeine Recht mit seinen Präjudizien beispielsweise im Eherecht, bei Testamenten, bei Verträgen noch durch Generationen fortgelten wird, bis der letzte Vertragschließende, der letzte Testator, Ehegatte ꝛc. nach früherem Rechte verstirbt.

Die Fortdauer der Autorität des römischen Rechts. — Eine gerade entgegengesetzte, überschwängliche Erwartung von dem neuen deutschen Civilgesetzbuche könnte sein, daß dieses nicht blos die Herrschaft des vergangenen Rechts der historischen Schule breche, sondern eine neue Aera, eine tabula rasa schaffen und auch jede Autorität des römischen Rechts beseitigen werde. Selbst der gestrichene § 1 des ersten Entwurfs eines d. b. Gesetzbuches von 1888 verweist auf einen Geist der Rechtsordnung, welcher gleich einem Naturrechte sich von der Geschichte loslösen würde. Hier gälte es somit, die conservative Seite einer praktischen Rechtsschule zu zeigen. Auch solche Erwartungen würden wohl zu weit gehen. Solche Ver-

Digitized by Google

historischen Kirchenrechtsanschauungen geschaffenen und erregten sog. Ultramontanen deshalb nicht immer für eine katholische und überhaupt als Religionspartei anerkannt wurden, weil die von ihnen erkämpften äußeren Kirchenrechte der Ziffer I, 3 objektiv nicht religiöse sind. — Diesen Untersuchungen steht es nicht zu, auch noch zu erwägen, ob die Grundanschauung und Politik des Ordens sich auch jetzt noch, wie zur Zeit eines Carl des Großen bewähren kann: Religion durch Krieg und äußere Macht zu heben. Ob diesen Orden nicht versöhnende Liebe und innere Ueberzeugung der Gegner, wie soeben in England, bei weitem weiter führen würde; wenn er nur, zwar in Bezug auf innere Religion oder Moral (I, 1) gleich lobenswerth eifrig, aber auch in Bezug auf die geschichtlichen Formen der Gottesverehrung und Gewissensfreiheit (I, 2) gegenüber anderen mehr duldsam, endlich in Bezug auf äußere Religion (I, 3) mehr gerecht als kriegerisch, das „unwillkürliche" Leben und sich Bewegen des Rechts erforschen würde, so daß sich bei ihm der Satz nicht mehr bewähren würde: sint ut sunt, aut non sint. — Dies die Unterscheidung der Religionsbestandtheile bei Lösung von Tagesfragen! —

Beispiele ferner, nach welchen Gesetzen das Kirchenrecht heutzutage „lebt"? — Wir wissen, wie dereinst bereits ein Carl der Große in der guten Meinung, Religion und Cultur zu verbreiten, unsere Sachsen mit den Gründen seines Schwertes über die Vorzüge einer christlichen Religion unterrichtete: noch heute wirkt ganz ebenso der englische Missionär mitten zwischen Menschenfressern und Sklavenjägern mittels „Bibel und Flinte Wunder": Das ist die historische Religionseinheit und ein bei Culturentwicklungen wohl stets wiederkehrendes Gewohnheitsrecht, hier des Ortes, dort der Zeit, welches freilich bei culturreifen Staaten nicht mehr besteht. Denn wir wissen beispielsweise, daß diese Religionseinheit in Deutschland, zur Zeit eines 30jährigen Krieges schon, zuerst vorläufig einer historisch-vergangenen Parität wich: cujus regio ejusdem religio: Mit den Klängen jeder neuen Kriegstrommel mußte das arme Volk: aus Gewissensüberzeugung?! Religion wechseln! Manches arme deutsche Städtchen an der Linie der Streitenden besorgte dies vielleicht ein Dutzendmal! Das war das Recht des Paktierens, die lex contractus der Territorialherrn: Bis der große Fritz den Satz proclamierte: In meinen Staaten kann jeder nach seiner Façon selig werden. Das nun war ein Naturrechtssatz, welcher, sobald er ausgesprochen, als Naturrecht allgemeine Ueberzeugung und als höheres Sittengesetz des Naturrechts primär Rechtsquelle ward (§ 7 A 4); später auch noch Gewohnheitsrecht und Gesetz! — So wirken aber die realen Gesetze des „Lebens" des Rechts, die Rechtsquellen auch heutzutage allüberall, selbst unbewußt, im Rechte, nicht von Menschen a priori gemacht, sondern unwillkürlich empirisch gegeben; gleichviel, ob deren Wirken eine Wissenschaft aprioristischer, vermeintlich Recht machender Gelehrter zu erfassen vermöchte, gleichviel, ob ihre Resultate bisher deren extreme Naturrechts- und historischen

Digitized by Google

Schulen doktrinär und fanatisch bekämpften! Weder aprioristisches Naturrecht somit, noch ein aprioristisches historisches Recht allein beherrscht so auch heutzutage hier auf Grund der Rechtsquellen die reale Welt; sondern ein drittes, positives, ein geschichtliches Leben des Rechts einer jeweiligen Gegenwart, das praktische! Während beispielsweise umgekehrt das bloße Naturrecht den Satz aufstellen würde: äußere Macht dem Staate, die Gewissen der Religion, verwirklicht sich zwar de lege ferenda dieser Satz immer mehr; reales, praktisch lebendes Recht ist er aber, wenn wir unsere Rechtsquellen befragen, zur Zeit noch nicht! Denn in realer Wirklichkeit ersehen wir, daß die historischen Kirchen staatlich noch immer politische reale Privilegien besitzen, welche das Naturrecht verwerfen würde. Beispielsweise sitzen Bischöfe und Consistorialpräsidenten noch in Herrenhäusern, Reichsräthen ꝛc.; die Geistlichen der katholischen Kirche genießen in Deutschland jetzt wieder das Privilegium der Befreiung vom Militärdienste als Combattanten; partikularrechtlich z. B. in Franken das Privilegium der Testamentserrichtung; die §§ 166—168 Reichs-Straf-Ges.-B. strafen noch eine ganze Reihe von Fällen der Nichtachtung der blos historischen Lehren, Einrichtungen und Gebräuche, nach der Praxis selbst die Kritik historischer Religionen als Gotteslästerung oder Aergernis staatlich, auch wenn Strafen dem Naturrechte widerstreben. Die Wahl staatlicher Beamten setzt ferner deren Angehörigkeit an historischen Religionen voraus ꝛc. ꝛc. — So steht aber auch heute das reale, lebende und praktische, wie jedes positive Recht, noch immer vermittelnd zwischen neuem Naturrecht und alt vergangenem historischen Rechte des Mittelalters. — Gouverner c'est prevoir. Eine einsichtige Staatsleitung wird daher wohl auch fernerhin fortwährend dies praktische Recht und das quellenmäßige „Leben" des Kirchenrechts in unserem Volke zu beachten und vorzusehen haben, ob beispielsweise eine allgemeine Ueberzeugung des Volkes legislative Aenderungen fordert: Ob staatliche Herrschaft, Agitationen, Formen, selbst Prozessionen gemischter Bezirke, Aufzüge, Zwangsmittel, Bevorzugungen einerseits der historischen Kirchen, anderseits der verfassungsmäßigen Gewissensfreiheit, neuere Erscheinungen, wie die einer Heilsarmee ꝛc. den Frieden, das Zusammenleben der Staatsangehörigen schädigen; ob historische Kirchen in Aemtern, Wissenschaft, Kunst ꝛc. noch das zu leisten vermögen, wie im Mittelalter u. s. w. Kurz ob sie noch „quellengemäß" lebendes Recht zeigen! —— Soweit unser Thema im Allgemeinen, daß nicht die beiden extremen bisherigen Rechtsschulen des Natur- und historischen, sondern nur ein praktisch lebendes Recht auch außerhalb des Civilrechts, in jeder Rechtsdisciplin, einen realen Werth bietet. — —

D. Gegenströmungen gegen Präjudiz und praktisches Recht wie seine Principien auf Seite der Praxis selbst.

I. Das vermeintliche Schwanken unseres praktischen Rechts allein. — Namentlich von unserer Praxis selbst wird gegen dies

Digitized by Google

praktische Recht eingewendet: Durch die Anwendung dieses lebenden und sich bewegenden Rechts entstehen in Praxis und Gesetzgebung Schwankungen; solche entstehen nicht bei dem starren Festhalten der historischen Schule an Vergangenem, am römischen ꝛc. Rechte. Dieses sei deshalb vorzuziehen! — Daß nun im Leben und sich Bewegen des Rechts Aenderungen, bei Einsichtslosigkeit der Rechtspflege, namentlich wenn diese durch doktrinäre Rechtsschulen irregeführt werden kann und selbst klarer Principien einer Schule entbehrt, auch Schwankungen entstehen, unterliegt keinem Zweifel. Jeden Augenblick können Extreme eines Natur- oder vergangenen Rechts ihr Gift in die Entwicklung mischen und stören. Aber ein Leben ist nun einmal aus einem wirklich positiven Rechte nicht zu beseitigen; dies wäre Tod des Rechtes. Und es fragt sich nur: Was ist besser: ein Leben und sich Entwickeln, oder ein Verfaulen? Kann irgend ein lebender Organismus, ein lebender menschlicher Körper, eine lebende Pflanze sich zum Verhüten eines Wachsens in starre Formen zwängen lassen, ohne zu Grunde zu gehen? — Wir werden deshalb jetzt die verschiedenen möglichen Fälle ausscheiden müssen, um zu zeigen, wie selbst dies Schwanken dem Rechtsleben weniger schaden würde, als das Ueberbordwerfen der zwingenden Wahrheiten des Lebens zu Gunsten unserer Extreme!

α) Da, wo ein völlig neues Recht entsteht, in Fällen somit, in welchen für, jetzt neu auftauchende thatsächliche Verhältnisse ꝛc. irgend eine historisch überlieferte römische oder sonstige Rechtsaufzeichnung bisher überhaupt noch nicht vorhanden war, (Fälle in § 2 II a), würden bei einer blos historischen Rechtsdarstellung nichtsdestoweniger ganz gleiche Schwankungen entstehen, wie bei einer praktischen. Im Gegentheile werden hier die Schwankungen innerhalb eines praktischen Rechts weniger schaden, weil hier wenigstens die Autorität der res similiter judicatarum, eben das Präjudiz eines höchsten Gerichtshofes, die Schwankungen des Lebens regelt, welches gerade die ältere historische Schule ausgeschlossen hat (§ 2 u. 3). In diesen bisherigen historisch doktrinären Rechtsdarstellungen, z. B. in Savigny's System des heutigen römischen Rechts nämlich, schwankt das Recht freilich aus einem ganz einfachen Grunde nicht; nur deshalb, weil diese historische Schule eben solche völlig neu auftauchende Rechtsfragen des Lebens und der Praxis sich gar nicht aufwirft, geschweige sie entscheidet. Sie begnügt sich überhaupt mit dem Darstellen der, in ihren Pergamenten bereits fixierten Rechtsbestandtheile der „Vergangenheit", welche eben solch neu auftauchende Tagesfragen noch überhaupt nicht berühren, und überläßt deren Lösung der Praxis: Würde sich aber der Romanismus der älteren historischen Schule auch schon mit solchen, in der Praxis unausweichbar zu entscheidenden Tagesfragen überhaupt befaßt haben, so würde er in diesem Falle, bei dem Nichtplatzgreifen eines historischen Rechts der Vergangenheit, mindestens ebenso schwanken, wie das praktische Recht; ja thatsächlich, wie gesagt, noch mehr, weil er das Präjudiz nicht beachtet!

Digitized by Google

Wir dürfen alsdann über solche neue Fragen eben nur andere, neuere romanistische wie germanistische Lehrbücher, Abhandlungen, Commentare irgend einer Doktrin zu neuen Gesetzbüchern ꝛc. aufschlagen, welche auch solche Tagesfragen wirklich entscheiden: der Erfolg ist bei denselben ganz der gleiche, wie in den Anschauungen der votierenden Richter; wenn sich dieselben also wirklich nicht über solche, historisch niemals geregelte Fragen ganz ausschweigen, so werden sich auch bei ihnen unter zehn Schriftstellern vielleicht neun widersprechen können. Der Grund dieser Erscheinung eben ist allein: die Unvollkommenheit des menschlichen Erkennens überhaupt; der Umstand, daß wir Menschen ein Recht niemals wie ein absolutes Recht erfassen können! — Wie beispielsweise in der Heilkunde die Anschauungen der Aerzte über die Behandlung eines Patienten verschiedene sind, wie selbst in den Idealen der Kunst Geschmacksanschauungen schwanken, wie beispielsweise eine Baukunst vielleicht vom Antiken zum Romanischen, Gothischen, zur Renaissance und zum Rococo immer wieder von neuem einen Kreislauf beschreibt, wie Sprache, Sitten bis zu Moden herab schwanken, so schwanken und ändern sich auch die ernstesten Ueberzeugungen im Rechte. — Aber auch die menschliche Unmöglichkeit schon, die eigene gewollte Ueberzeugung in sich auszutragen und praktisch durchzuführen, trägt zu Schwankungen bei! So z. B. lehrt ein Savigny das primäre Gelten von Gewohnheitsrecht zwar theoretisch, seine thatsächliche Rechtsdarstellung, sein System aber schließt dies: fast alles moderne, heutige Gewohnheitsrecht aus und bewirkt so Schwankungen. Der Praktiker dagegen umgekehrt will, wenn auch unbewußt, frühere Uebungen und Gewohnheitsrecht anwenden. Es fehlt dem Einzelnen aber nicht selten an Zeit, in jedem Urtheile ein Gewohnheitsrecht sofort durch den Lauf von Jahrhunderten zu verfolgen. Er entscheidet also möglicherweise anders, als ein Anderer ꝛc. Diese Schwankungen sind dann auch hier allerdings oft so bedeutend, daß nebenbei der Verf. beispielsweise die von ihm selbst verfolgten Spuren eines, ihm noch so berechtigt erscheinenden Gewohnheitsrechtes z. B. im Besitzrechte des Detentor, im Schmerzengelde ꝛc. beim Urtheilen nie sofort einer eigenen Rechtsprechung aufzudrängen strebte, sondern seine unmaßgeblichen Resultate vorerst der Kritik der Oeffentlichkeit unterbreitete und dieselben nur dann selbst als Richter auf eine Praxis übertrug, wenn sie auf dem Wege eines Präjudizes zur Praxis zurückgelangten. — Kurz bei vollständigen Neubildungen, bei Tagesfragen, bei welchen früher ein geschichtliches Recht überhaupt niemals gegeben oder bekannt war, ist das Schwanken einer historischen Schule und jeder Doktrin mindestens das gleiche, wie innerhalb der Praxis!

β) Da aber, wo ein früher gegebenes *historisches Recht durch* ein geschichtliches *neues Recht beseitigt* wird — solche Beispiele sind in § 2 I 2 inbegriffen — da entstehen durch ein blindes, unbelehrbares Festhalten einer historischen Doktrin an dem abgestorbenen Rechte zwar allerdings gleichfalls keine Schwankungen! Die hiedurch

Digitized by Google

eintretende Ruhe aber ist: die Ruhe eines Kirchhofes; denn ein solches historisches Recht schädigt einfach das Rechtsleben und wohlerworbene Rechte, (wie soeben zu § 4 A in Beispielen gezeigt,) oder ertödet dieselben vollends! Und was ist die Hauptsache? Solche Schwankungen der Praxis und ein solches theilweises, allmäliges Fortschreiten derselben zum wahren Rechte ist in diesem Falle niemals rechtsverletzend und schädlich, sondern im Gegentheile geradezu allein rechtlich berechtigt und nützlich: Es ist also besser, daß in Fällen des § 2 I 2 und § 4 A ꝛc. beispielsweise ein Richter dereinst, wenn auch nur in vereinzelten Fällen und ein einziges Mal, einen Sklavenhandel, eine Folter ꝛc. nicht mehr, dem römischen und sonst überlieferten Rechte entsprechend, schützte, nicht mehr Hexen verbrannte, als: wenn er fortfuhr, solche Rechte zu schützen. Es ist auch heutzutage besser, wenn ein völlig rechtmäßiger Besitz ohne animus domini nach § 4 A: der Gemeinderechtsbesitz an unvertheilten Gemeindegründen, der Besitz unter einem suspensiven Eigenthumsvorbehalte, der Besitz eines Kirchenstuhles, eines retinierten Gegenstandes ꝛc. ꝛc., gegenüber einem Strolche, welcher sich animus domini anmaßt, ein einziges Mal geschützt wird, daß dieser Besitzer so einmal wenigstens nicht rechtlos von Haus und Hof, von seinem langjährigen Besitze vertrieben werde, als daß er immer von ihm vertrieben wird. Es ist besser, daß wir Praktiker und Juristen einem Speculanten, welcher aus egoistischen Gründen Mitglied einer heutigen Genossenschaft zu dem dauernden Zwecke einer Wohlthätigkeit, einer Bildung, eines Kunstvereines wird, ein einziges Mal nicht die actio communi dividundo des römischen socius auf Theilung des, edlen Zwecken dienenden Genossenschaftsvermögens gestatten, als wenn wir ihm fortwährend die rechtliche Möglichkeit gewähren, die gemeinsamen Krankenhäuser, Bibliotheken, Gemäldesammlungen zu plündern, zu verkaufen und den Erlös zu vertheilen; besser, daß wir einigemale deutschrechtliche Servituten, Reallasten schützen, als sie jedesmal vernichten! — Zudem ist ja hier gerade bei solchen Neubildungen des Lebens an diesem Schwanken nicht das, correkte auf Grund positiver Rechtsquellen entscheidende lebende und praktische Recht schuld, sondern umgekehrt, das unverständige Festhalten einer Doktrin an den nicht mehr positiven Antiquitäten, also: die falsche historische Schule des Rechtes der gesammten Vergangenheit allein! Würde diese verstehen, was ihrer eigenen Prämisse vom Leben des Rechtes entsprechend wirklich positives Recht ist, dann wären die principiellen Differenzen des Rechtes einer Doktrin und einer Praxis — gerade in diesem zweiten Falle — beseitigt! Doch wird ja für die Dauer sich auch hier die bisherige aprioristische Doktrin dem Anblicke des, zufolge der Rechtsquellen allein begründeten lebenden Rechtes der Gegenwart und seinen Wohlthaten, kurz einer besseren praktischen Schule, ebensowenig entziehen können, als etwa jenes Medicinalcomitee, welches sich bei der Eröffnung der ersten deutschen Eisenbahn deren entsetzlichen Anblicke dadurch entziehen

Digitized by Google

wollte, daß es allen Ernstes vorschlug, dieselbe mit Brettern zu verschlagen. Und — gewinnt die historische Schule endlich Einsicht: — dann wird auch dies einseitige Schwanken des praktischen Rechts mehr aufhören! Dies ist die einzige mögliche Abhülfe gegen dies Schwanken unseres Rechts überhaupt!

Damit mußte sich auch der frühere romantische Vorschlag richten: zur Beseitigung eben dieses Schwankens, wie statt der Partikularrechte zur Erreichung einer Rechtseinheit in Deutschland, die deutschen Partikularrechte aufzuheben und wieder durch das gemeine römische Recht zu ersetzen! Einem solchen Vorschlag gebricht es eben an jedem Verständnisse des, von Savigny selbst zugegebenen „Lebens" und sich Bewegens des Rechts! Diese Rechtsaufzeichnungen selbst des Partikularrechts nämlich fixieren, regelmäßig und bestimmter, dieselben Entwicklungen des fortschreitenden Lebens des Rechts, welche im positiven gemeinen Rechte die Praxis aus dem Gewohnheitsrechte mühsam feststellt; und zwar zum Theil materiell besser, als dieselben ein Gewohnheitsrecht ohne gesetzliche Organisationen schaffen könnte; z. B. ein modernes Hypothekenrecht, Grundbuch. — Nach Beseitigung dieser Partikularrechte durch römisches Recht statt einer Aufnahme ihrer Vorzüge in eine einheitliche Gesetzgebung würde sich also das Leben doch wieder bewegen und Bedürfnisse zeigen: Und der Erfolg wäre: wir hätten dann die bisher übernommenen Mühen nur von neuem auf uns zu nehmen! —

II. Ein geläufigster Einwand namentlich der Praxis ist: mit dem Erscheinen einer deutschen Civilgesetzgebung sei das Suchen nach den Grundgesetzen und einer Schule unseres praktischen Rechts werthlos. Denn dann höre die Darstellung des römischen und sonstig vergangenen Rechts seitens der historischen Schule ohnehin auf. Damit aber entfalle die Nothwendigkeit von Principien unseres besonderen praktischen Rechts. — Wir haben die Nothwendigkeit einer Widerlegung dieses Einwandes schon in der Einleitung Ziff. 3 angekündigt, und wiederholen das dort Gesagte hieher Wort für Wort; namentlich, daß eine noch so vollendete Gesetzgebung einer lebenswahren Wissenschaft zu seiner Anwendung erst recht bedürfen werde! Jetzt aber, nachdem wir inzwischen den empirischen Gesetzen des Lebens des Rechts im Thema wie in dessen Bewegung (§ 1, 5 III, § 2 II) näher getreten sind, fügen wir noch folgendes bei.

Kein Gesetzbuch erschöpft das unerschöpfliche, sich bewegende Leben des Rechts! Selbst das umfangreiche römische corpus juris hat es nicht vermocht: Vielleicht die Hälfte aller heutigen Rechtsfragen ist durch dasselbe für unsere heutige Praxis noch ungelöst. Unsere Altvordern betonen eben dies ja mit ihrem bekannten Satze: praxis est multiplex! So sind quantitativ Principien unseres praktischen Rechts unentbehrlich! — Ebenso aber ist die formale Methode des Rechtfindens für uns durch kein Gesetzbuch, ja nicht einmal noch durch unsere bisherige Wissenschaft gelöst! Die unterste Grundfrage



Digitized by Google

dieser Methode, — ob das Recht nach unseren bisherigen aprioristischen Rechtsschulen gefunden werden muß: ob auf Grund einer „Naturrechtsschule", mittels Vernunft, Billigkeit, ratio allein, ob auf Grund der vergangenen Geschichte einer „historischen Rechtsschule", oder aber auf Grund einer jetzt erst zu erfassenden, dritten „praktischen", unmittelbar aus dem quellengemäßen Leben des Rechts selbst, — wird deshalb auch dann niemals verstummen: Solange nicht, bis sie durch Einsicht in die entscheidenden Gründe wissenschaftlich gelöst und die bisherigen aprioristischen Gegensätze und Schulen verschwunden sein werden. — Besteht die, wenigstens theoretisch noch jetzt in unserer Doktrin herrschende historische Schule (§ 3 IV) fort, wonach alles Recht nur durch eine geschichtliche „Vergangenheit" gegeben sein sollte, so wird diese historische Schule nur kurze Zeit aufhören, bewußt oder unbewußt wieder um eine Herrschaft zu ringen und das lebende Recht zu schädigen. Der alte Kampf zwischen Theorie und Praxis, zwischen historischer und praktischer Schule wird dann von neuem alsbald wieder entflammen! Auch die vollendetste Darstellung unseres kommenden Civilgesetzbuches wird nämlich infolge des rastlosen, nie endenden sich Bewegens und Fortschreitens des geschichtlich lebenden, heutigen Rechts alsbald wieder bei neu auftauchenden Verhältnissen (§ 2 II a) in einzelnen Partieen veralten; in andern werden sich vielleicht von Anfang an Lücken zeigen. Ja diese Bewegung unseres Civilrechts in Deutschland wird nach dem Erscheinen des neuen Civilgesetzbuchs vielleicht eine, noch weit mehr intensive werden, als zuvor. Einmal gehen wir schon infolge der Einheit unserer Rechtspflege einer weit reicheren Erkenntnis und Entwicklung unseres Rechtslebens entgegen. Die Entwicklung, welche sich so bis jetzt auf gemeines, preußisches, bayerisches, sächsisches Recht, code civil etc. vertheilt hat, wird einheitlich fühlbar! Zweitens ist auch unser Verkehr ein reicherer, als zuvor. Drittens ist unsere Rechtsentwicklung bisher durch unsere historische Schule gewaltsam so ungemein zurückgehalten worden; weil diese ja bisher, infolge ihrer einseitigen Pflege des Rechts der gesammten historischen Vergangenheit wenigstens vielfach die Entwicklung des praktischen lebenden Rechts, die Tagesfrage von der Litteratur ausschloß und dadurch zurückhielt. Diese Tagesfrage wird sich dann umsomehr Geltung verschaffen. Bisher konnten deshalb zumeist im Präjudize nur vereinzelte, nicht ausgebildete neue Keime eines geschichtlich lebenden Rechtes nach Art des § 2 I 2 zu Tage treten. Wie an Archimedischen Punkten aber werden sich dann an ihnen alsbald vielleicht niedergehaltene neue Institute ansetzen, bewegen und zu Tage treten. Solche liegen zwar z. B. vielleicht noch schlummernd und theoretisch unerfaßt in den Entscheidungen des Reichsgerichts, in Seufferts Archiv und Blättern für Rechtsanwendung ꝛc. ꝛc. zerstreut und aufgespeichert vor. In dem Momente, in welchem die Herrschaft der hemmenden historisch antiquarischen Schule fällt, wird auch die entfesselte Theorie eingreifen und vielleicht auch in unserer Wissenschaft ein

Digitized by Google

reiches, lebensvolleres Erfassen des Rechts, gleich dem Roms, emporblühen. Viertens kann auch das neue Gesetzbuch menschlicherweise so manches vergessen. Setzen wir den, nicht gegebenen Fall, unsere Gesetzgebung vergäße je „ähnliche" Bestimmungen, wie das Verbot einer Sklaverei, die Zulässigkeit einer Reallast, Paternitätsklage: aus welchem Grunde soll jene ausgeschlossen, diese Rechte zugelassen werden. Aehnliches adjuvare, supplere, corrigere und noch manches andere wird klare Principien des lebenden praktischen Rechts bedingen! — Ist aber ein ausreichendes wissenschaftliches Princip nicht gefunden, bleibt Praxis und Theorie zerfahren, dann wird eben nur eine neue, nicht auf Principien reducierte Masse von Präjudizien unsere Präjudiziensammlung von neuem füllen, so daß nach wenigen Jahrzehnten der Ruf nach einer neuen Gesetzgebung erschallen wird, um die fortwährende Bewegung des geschichtlich lebenden Rechts einheitlich festzustellen, weil eine Wissenschaft nicht praktisch, lebenswahr genug ist, sie nach Römerart zu beherrschen. Diesen Kampf, diese Schwankungen, diese fortwährenden Codifikationen also kann nur eine praktische Schule mildern!

Dafür, daß auch nach einer neuen Civilgesetzgebung bisher schon Präjudizien unentbehrlich waren und deshalb fortwährend Principien für dieselben nothwendig werden, haben wir ja Belege vielleicht dutzendfach vor uns. Wieviele Civilgesetzgebungen sind schon über aller Herren Länder dahingegangen; über Frankreich, Spanien, Italien, partikularrechtliche über Deutschland! In Bayern bestehen noch jetzt etwa 40 in Geltung; dort gilt noch jetzt auf engem Raume bayerisches, preußisches, österreichisches, fränkisches, französisches Landrecht eines code civil etc. etc.! Auch außer dem Civilrechte gab es ganz ebenso Gesetzgebungen, im Strafrechte, in den verschiedensten Prozessen, im Staatsrechte ꝛc.! Ist nun nach irgend einer solchen Gesetzgebung je ein praktisches Recht und sein Präjudiz, dieses Spiegelbild des fortdauernden, beweglichen Lebens, verstummt? Im Gegentheil, nach jeder solchen neuen Gesetzgebung ist die Praxis und das Präjudiz, ähnlich wie seit dem 4 Männer-Commentare ꝛc. des preuß. Landrechts ꝛc. ꝛc. bis auf die Gegenwart, erst recht hervorgetreten, noch stärker wie zuvor: Und Grundsätze, eine Theorie dieser Praxis ist erst recht nothwendig. Nicht nur, wie gesagt, um die regelmäßige Entwicklung, wie zuvor, fortwährend aufzuzeichnen, sondern auch um die neue Gesetzgebung in die alten, stehenbleibenden Geleise einzufügen; und dies Einfügen macht anfänglich gewiß nahezu mehr zu thun, als die laufende, regelmäßige Entwicklung! Wir bedürfen also festerer Principien eines praktischen oder lebenden Rechts als bisher, auch dann, wenn zu den Dutzenden Civilgesetzbüchern, welche wir bisher schon gehabt, noch ein neues hinzutritt! Wir bedürfen fester Principien, sowohl um selbst richtig zu urtheilen oder Recht darzustellen, als auch, um andere richtig zu beurtheilen und sie selbst zu überzeugen!



Digitized by Google

So gehört die allgemeiner geläufige Meinung, daß wir nach dem Erlasse unseres deutschen Civilgesetzbuches keines Präjudizes, keiner Principien und so keiner festen klaren Schule unseres praktischen Rechts mehr bedürfen, gewiß zu jenen vielen überschwänglichen Vorstellungen, welche sich immer wieder an das Erscheinen neuer Gesetzbücher legendenhaft von neuem knüpfen, um jedesmal von neuem wieder Enttäuschungen hervorzurufen! Sie gleicht an Stärke der Illusion der umgekehrten Romantik der historischen Schule, welche durch Nichtzulassen eines neuen Gesetzbuchs und durch die Wiedereinführung des reinen, classischen römischen Rechts zu jenem bekannten quietistischen Begriffshimmel unserer Theorie für ewige Zeiten emporsteigen zu können wähnte (§ 3)! Und diese Illusionen sind überhaupt nicht die einzigen. „Der Jurist" — erklärte allen Ernstes einmal ein älterer Militär — „hat es leicht. Er schlägt sein Gesetzbuch auf und: entscheidet danach den Fall. Damit basta! Er allein weiß, wie er daran ist!" — Zumal der praktische Jurist aber, welcher inmitten der reichen Bewegung des Rechts der Gegenwart, in dem fortwährenden Kampfe des alten und neuen Rechtes steht, weiß vielleicht leider nur zu gut, daß so manches Recht auch dann, auch bei dem Vorliegen eines neuen wie eines Dutzendes von früheren Partikulargesetzbüchern erst für uns gegeben oder positiv sein wird, wenn es aus den verschiedenen Rechtsquellen: Gesetz, praktische Gewohnheiten und Wissenschaft, „richtig gefunden" ist. Und dies Finden eben ist ja doch oft noch ein recht schweres Stück Arbeit und bedarf vor allem Principien, welche die Bewegung des Rechts beachten. Alle unsere doktrinären Schulen haben es bisher noch nicht so ganz fertig gebracht!

Wir können uns hier vielleicht wieder den Umstand, wie selbst auch schon bloße Aufzeichnungen lebender, thatsächlich gegebener Verhältnisse mit der Zeit, infolge der Bewegung der Geschichte, unzuverlässig werden und einer fortwährenden Ergänzung des Gegebenen in einer Praxis bedürfen, durch ein Gleichnis unterstützen, welches zutreffen wird, gleichviel ob solche Aufzeichnungen auf freiwilligen Antrieb einer Wissenschaft oder auf Befehl eines Gesetzgebers erfolgen. Um wieviel mehr also muß sich selbst die Aufzeichnung eines lebenden Rechts durch eine Gesetzgebung späterhin wieder ändern können, welches, wie in § 2 II a gezeigt, sich doch nicht blos in seinen thatsächlichen Grundlagen, sondern überdies auch in seinen inneren Ueberzeugungen und in seinen technischen Begriffen ändert, und Principien bedürfen wird. — Nehmen wir beispielsweise an, auf Befehl eines Gesetzgebers, zur Ausführung einer Catastrierung etwa, zu Grenzberichtigungen ꝛc., ist die Aufzeichnung eines doch thatsächlich gegebenen geographischen Landstriches in einem Plane oder einer Landkarte, wenn auch nur thatsächlich, erfolgt und gesetzlich sanktioniert worden. Man sollte glauben, wenigstens an solch' thatsächlichen Verhältnissen werde sich nichts ändern können. Da werden nun auch zwar, — Hochfluthen, Erdbeben, Bergstürze, Veränderungen

Digitized by Google

durch reißende Ströme ꝛc. abgerechnet, — einzelne feste Bestandtheile, Grundstücke, Gebirge, Flüsse ꝛc. ewig verbleiben. Alles andere aber, was nur je ein Leben beeinflussen kann, wird sich „ändern"! Es entstehen da beispielsweise: völlig neue Ortschaften. Dort werden andere: durch Brand, Kriege, Wasser zerstört; andere werden mit größeren Orten vereinigt und verschwinden so wenigstens dem Namen nach auf der Karte. Der Geograph wird ferner auf der Karte bald neue Brücken, neue Eisenbahnen, Verbindungswege einzeichnen müssen; es entstehen endlich andere größere oder kleinere Staaten und Grenzen, wie soeben Italien, Deutschland ꝛc.; kurz die ausführlichste Landkarte veraltet in wenigen Jahrzehnten. Zudem ist aber auch diese officielle Karte zumeist gar nicht als eine Specialkarte gedacht und gewollt. Sowenig, wie jedes Civilgesetzbuch eine erschöpfende Casuistik bieten kann, wird auch diese nicht immer alle einzelnen Ortschaften, Flüsse, Stege, Quellen ꝛc. verzeichnen: Derjenige also, welcher sich praktisch im Leben in dem bestimmten Landstriche bewegen, aufhalten, wohnen und ihn übersehen muß, wird durch die Landkarte schon an sich nie so thatsächlich orientiert sein, wie er dies in den einzelnen Bedürfnissen des Lebens vielleicht bedarf! — So ähnlich werden auch die Aufzeichnungen des kommenden Civilgesetzbuches schon das reichhaltige bloße thatsächliche Rechtsleben nie erschöpfen — gar nicht zu gedenken der tausendfältigen Rechtsfragen unserer Praxis, zu deren Finden wir eben auch fester positiver praktischer Principien bedürfen.

Wir brauchen daher gar nicht zu erwähnen, daß mit dem Erlasse eines neuen Gesetzbuches überdies selbst das alte bisherige gemeine Recht gar nicht vollständig sofort aufgehoben erscheint, welches bisher unsere gemeinrechtliche Praxis durch ihre concludenten Principien regelte; daß wir auch zu dessen fortwährender Regelung an sich, wie zur Klärung der Anschauung unserer Doktrin eben gleichfalls praktische Principien, nach- wie vorher, bedürfen; daß auch nach dem Erlasse einer neuen Civilgesetzgebung das alte gemeine Recht mit seinen Präjudizien beispielsweise im Eherecht, bei Testamenten, bei Verträgen noch durch Generationen fortgelten wird, bis der letzte Vertragschließende, der letzte Testator, Ehegatte ꝛc. nach früherem Rechte verstirbt.

Die Fortdauer der Autorität des römischen Rechts. — Eine gerade entgegengesetzte, überschwängliche Erwartung von dem neuen deutschen Civilgesetzbuche könnte sein, daß dieses nicht blos die Herrschaft des vergangenen Rechts der historischen Schule breche, sondern eine neue Aera, eine tabula rasa schaffen und auch jede Autorität des römischen Rechts beseitigen werde. Selbst der gestrichene § 1 des ersten Entwurfs eines d. b. Gesetzbuches von 1888 verweist auf einen Geist der Rechtsordnung, welcher gleich einem Naturrechte sich von der Geschichte loslösen würde. Hier gälte es somit, die conservative Seite einer praktischen Rechtsschule zu zeigen. Auch solche Erwartungen würden wohl zu weit gehen. Solche Ver-

Digitized by Google

suche sind schon wiederholt dagewesen. Selbst Gesetzbücher haben sie versucht; wie das preußische Landrecht. Was war die Folge? Dessen Commentare seit Koch, Förster ꝛc. haben, soweit nicht gewordenes, modernes Recht modificierend im Wege stand, wieder fast gerade soviel römisches Recht gezeigt, wie etwa die frühere Praxis eines usus modernus. Das Verdienst eines preußischen Landrechts war, das heimische Recht zur Geltung gebracht zu haben; es vermochte aber nicht, wie ein Naturrecht, mit der Geschichte zu brechen; auch nicht mit dem geschichtlichen römischen Rechte, soweit es noch lebt.

Was hieße die Ausschließung des römischen Rechts? Daß es keine gesetzliche Geltung hat? Dies erkennen auch jetzt schon unsere neuesten Pandektisten, Dernburg ꝛc. an. Das römische Recht gilt schon jetzt nicht als Gesetz, sondern als Uebung und Praxis (§ 1, 5 II, § 3 S. 273), und doch gilt es. Was sollte aber ein weiteres Ausschließen des römischen Rechts durch ein Gesetzbuch? Sollte dies heißen, daß es beileibe, selbst auch da nicht mehr beachtet werden dürfe, wo dasselbe doch bei uns unverändert fortlebende Rechtsverhältnisse auch jetzt noch so wahr ordnet, als dies nur je Menschen möglich sein wird? Daß dieses böse römische Recht somit auch als rein wissenschaftliches, d. i. auch soweit es ein, nach inneren oder Naturrechtsgründen oder als Praxis und Gewohnheitsrecht berechtigtes ist, fallen, durch Naturrecht, willkürliches Aendern ersetzt werden müsse? Wäre dies nicht eine Rechtsverletzung? (M. vgl. unten § 9 Ziffer 4!) Dies hieße, daß wir, wo nur immer eine römische Vorschrift besteht, das Recht künftighin deshalb unbedingt anders, selbst also falsch, ungerecht, unbillig entscheiden müssen? Daß wir damit nöthigenfalls uns selbst Unrecht und Schaden zufügen müssen, nur um den Wau-Wau des römischen Rechts blind zu beseitigen, um dies zu ärgern und die historische Schule dazu? Gewiß wäre dies barbarisch und naiv zugleich! „Mein sei die Rache", kündet uns da wohl eine übermenschliche, göttliche Weisheit. Auch wir Praktiker also wollen nichts, als Wahrheit des Rechts, und uns deshalb nur durch eine bessere Wahrheit und durch die Berechtigung unserer Rechtsdarstellung an einer uns verfolgenden historischen Schule rächen, nicht dadurch, daß wir etwa selbst Albernheiten nach der entgegengesetzten Seite begehen! Deshalb nehmen wir das noch geltende und berechtigte Recht aus Rechtsquellen, wenn und wo wir es finden; auch selbst aus antikem, römischem Rechte. Nur diejenige Anwendung des reinen römischen Rechts ist ja eine wirklich unberechtigte, welche dasselbe, mit der älteren historischen Schule, ohne daß unsere positiven Rechtsquellen (Gesetz, Gewohnheitsrecht oder innere Gründe) es gestatten, schon um des aprioristisch erfundenen Grundes willen, wie ein Gesetz, angewendet wissen will: weil es in einer geschichtlichen „Vergangenheit" gegeben sei. Keineswegs aber ist ja doch eine Anwendung desselben unberechtigt, soweit es auch jetzt noch unseren Rechtsquellen: einem Gewohnheitsrechte, inneren Gründen, der Wissenschaft ꝛc., kurz, dem positiv lebenden

Digitized by Google

Rechte der Gegenwart, dem Principe einer praktischen Rechtsschule selbst entspricht und fortwährend lebt! So werden wir also auch für die wissenschaftliche Anwendung des römischen Rechts künftighin noch immer praktischer Grundsätze bedürfen!

In ähnlicher Weise wird das unentwegte principielle Wägen und Maßhalten zwischen dem alten und neuen Rechte auch künftighin nach dem Erlasse einer Civilgesetzgebung nach ewigen, unwillkürlich gegebenen, empirisch zu erkennenden Principien oder Gesetzen zu geschehen haben: Solche Grundprincipien werden von uns Gehorsam fordern, weil sie eben Menschen nicht geben und nicht ändern können. Man kann vielleicht deren Namen: z. B. Gewohnheitsrecht, Naturrecht ꝛc. gewaltsam beseitigen, niemals aber deren Wesen und Geltung. Vor überschwänglichen Hoffnungen von einer Civilgesetzgebung somit werden wir uns nach beiden Seiten, nach Seite des alten historischen, wie des neuen Naturrechtes zu enthalten haben.

III. Von einem Theile unserer Praxis wird dann vollends allen Ernstes noch immer folgendes eingewendet: Mit dem Aufsuchen von Principien unseres praktischen Rechts treiben wir Theorie; zu dieser sei keine Praxis berufen; dies sei alleinige Aufgabe unserer Doktrin auf den Universitäten. Dieser Vorwurf bildete noch bis 1891 einen Grund zu Maßregelung von Richtern (§ 4 D IV). — Abgesehen von einer werthlosen Routine aber kennen wir keine „Praxis ohne Theorie", d. i. ohne Wissenschaft oder ohne, wenn auch nur stillschweigend geübte Gründe; es müßte denn sein, daß es eine blind „doktrinäre Praxis" ist, welche gleichfalls nicht selbst denkt, sondern sich eben von doktrinären Schulen, entgegen der Praxis unserer höchsten Gerichtshöfe, blind leiten läßt. Bekannt ist aber bereits die Entstehung dieser unglaublichen Anschauung aus der Periode jener unglückseligen Panik seit dem Beginne unseres schwindenden 19. Jahrhunderts! Jene Zeit verwechselte bekanntlich das geschichtlich lebende Recht mit dem staatsgefährlichen Naturrechte und wollte deshalb aus stümperhaft politischer!! Tendenz das Bewußtsein, eine Theorie des Rechts der Praxis unterdrücken! (§ 1, 4 II; § 3 II C). — Der Einwand aber ist absurd! Die Praxis muß endlich ihre Gründe und ihre Principien kennen lernen; denn die Wucht einer Wissenschaft ist eine enorme; sie fordert das correkte Rechtfinden (§ 1, Ziff. 1 u. 7)! Hier somit etwa folgende Fragen: a) Dürfen die unentbehrlichen Principien unseres praktischen Rechts nur durch eine Universität geboten werden; oder sind wir Praktiker und Richter selbst zu deren Prüfung verpflichtet? b) Darf uns selbst eine falsche Theorie unserer wechselnden Doktrinen so ganz gleichgültig sein; oder schädigt sie auch unsere Praxis indirekt tief?

a) Direkte Berechtigung wie Verpflichtung der Praxis selbst, ihre Principien kennen zu lernen. Nicht blos deren abstrakter Werth (§ 1, 7) gebietet dies, sondern auch eine praktische Nothwendigkeit. Richtig ist ja, daß Gründe und Principien eine Wissen-

Digitized by Google

schaft oder Theorie sind. Nicht minder aber auch, daß keine Rechtsdarstellung, sei diese nun Doktrin oder Theorie eines Privatschriftstellers, oder ein praktisches Urtheilen, solcher Gründe oder Principien, d. i. Theorie entbehren kann. Daß also eine Theorie oder solche klare Gründe des eigenen Handelns, selbst bei casuistischer Darstellung des einzelnen Falls, nicht zugleich direkte Aufgabe einer denkenden, weil urtheilenden Praxis sein sollte: diese Aufstellung wäre denn doch geradezu albern; vielleicht das Borniertеste, was je gegen eine wissenschaftliche Praxis eingewendet wurde! Sollen wir Praktiker denn, wie schon zu § 1 Z. 7 erwähnt, nur principlos nach Zufall und Laune im blinden Nebel herumtappen, — um uns im Einzelnen immer wieder selbst zu widersprechen, zu schwanken und möglicherweise falsch zu urtheilen? Oder sollen wir wenigstens diese Principien, wie bisher, nur ganz furchtsam, versteckt, stillschweigend und concludent anwenden, so daß es andere gar nicht merken, daß wir und warum wir so urtheilen müssen? Wir kennen das Beispiel des praktischen Schmerzengeldes (Einleitung 1 I b, cf. § 5). Bei ihm kann, wie schon bemerkt, die Anwendung des untersten Grund- oder Schulprincipes, — je nachdem wir mit der historischen Schule das Recht einer Vergangenheit: die Strafklage, oder mit einer praktischen Schule des lebenden Rechts der Gegenwart: die Ersatzklage anwenden —, fast die ganze Casuistik dieses Institutes unmittelbar zu einer anderen, wahren oder falschen gestalten oder doch ihre Begründung modificieren! Aehnlich werden stets auch andere Principien die Casuistik, das einzelne Präjudiz, anders gestalten. Ja wir würden sogar, wenn wir, unbewußt nach welchem Principe, entscheiden wollten, dennoch überführt (S. 46 f.) und auf unser Princip zurückgeführt werden können! Denn ähnlich, wie beispielsweise ein Naturforscher einen Partikel, einen Knochen eines Thieres ꝛc. in doppelter Weise bestimmen kann, entweder indem er ihn offenkundig aus dem Thiere herausnimmt, oder wie bei vorsintfluthlichen Thieren, indem er umgekehrt aus den Abweichungen des einzelnen Knochens, Zahns ꝛc. den ganzen Organismus eines „andern", besonderen Thieres zu bestimmen weiß, so ähnlich weiß auch eine wissenschaftliche Jurisprudenz aus der verschiedenen einzelnen Entscheidung schon sehr wohl den ganzen Organismus des angewendeten Rechts, die Theorie zu bestimmen: ob die Entscheidung nämlich den Principien des heutigen lebenden Rechts unserer Praxis, oder den Principien des Rechts einer römischen ꝛc. Vergangenheit einer historischen Schule, oder einem Vernunftrechte angehört! Wir würden also bei einem Verstecken dennoch überführt, auf Principien zurückgeführt werden können, auch wenn wir, wie juristisch Unmündige, noch nicht selbst unserer stillschweigend geübten Principien uns bewußt würden! Nun sollten wir Praktiker allein, in der That kindlich, unser Princip verstecken wollen, um ja nicht über der bösen That, über einer empirischen „Theorie" ertappt zu werden, darüber, ein allein wahres, unwillkürlich gegebenes Princip und Recht gegenüber dem historisch-

Digitized by Google

antiquarischen falschen angewendet zu haben: Es gliche dies somit ja wohl der Schlauheit eines Vogels Strauß, welcher nur den Kopf in die Büsche steckt, aber seine ganze Consequenz aus eben dem Busche hervorragen läßt, in der festen Ueberzeugung, er werde nicht erkannt! Jede Jurisprudenz, welche über ein Formular- und Formelwesen selbstthätig hinausgeht: über die Thätigkeit eines Schreibers, des rechtsungelehrten Routiniers, des ungelehrten römischen judex, welchen dereinst ein praetor anwies, nur nach seiner formula zu urtheilen, des heutigen Geschworenen, an welchen der Richter Fragen stellt, — jeder solcher Jurist wendet Rechtswissenschaft oder „Theorie", d. i. neben der Casuistik auch leitende Gründe, „Principien" an. Theorie sind die Gründe des Lehrers wie die Gründe des Urtheils der Praxis: Wir Praktiker und Richter sind also, indem wir urtheilen, wenn wir es uns nur gestehen wollen, alle zugleich Theoretiker; ja unsere Theorie und Wissenschaft hat doch sogar eine, noch weit höhere, wissenschaftlichere zu sein, als die einer blos historischen Schule: Denn wir sind genöthigt, unser Recht empirisch nach organischen Gesetzen des sich „bewegenden materiellen Leben" des Rechts nicht selten erst neu zu construieren. Eine blos historisch-antiquarische Doktrin dagegen entnimmt ihre Materie und Formel aprioristisch und mechanisch der Schrift und Urkunde, der Schablone einer gesammten Vergangenheit; ihr genügt es, daß sie subsumiert! — Wenn wir Praktiker also doch unter allen Umständen auch „Theorie" treiben müssen, so bleibt uns nur die Wahl, ob wir klarbewußte und offene, oder unbewußte, „stillschweigende und concludent versteckte" Theoretiker sein wollen: Theoretiker sind wir unter allen Umständen! —

Allerdings sind bisher auch hier wieder zwei Extreme dagewesen, welche sich diametral gegenüberstehen. Und jedes von beiden Extremen hat merkwürdigerweise schon in unserer Doktrin wie Praxis Vertretung gefunden. — — Das eine eben erwähnte Extrem nämlich will: Eine das Recht darstellende Wissenschaft oder Principien soll die ausschließliche Domäne der Doktrin sein, d. i. der Lehrer, welche eben unsere juristische Jugend unterrichten: Die Praxis aber ist die, ewig unfähige, unmündige infantia! welche über den Lehrunterricht nicht hinauskommen darf. Malen wir uns dies doch zuerst näher aus! Nur bei Lehrern der Jugend kann es ein Denken über Gründe und Principien und den hiezu nöthigen juristischen Verstand geben. (Diese allein läßt sich ja Aprioristik aufbinden. Erfahrung, Induktion ist nichts.) Unsere Praxis hat deshalb deren Bevormundung zu unterstehen. Sollte nicht auch eine jedesmalige Aktenversendung an Universitäten wieder nothwendig werden? Sollten sich nicht auch unsere Reichsgerichtsräthe ebendeshalb von Zeit zu Zeit einem theoretischen Cursus und Examen bei der aprioristischen historischen ꝛc. Schule unterziehen müssen, um ihre Kenntnis dieser Principien, Erfindungen ꝛc. zu erhärten? — — Oder aber ein entgegengesetztes Extrem: Unsere

Digitized by Google

Praxis ist umgekehrt selbst eine souveraine, maßgebende Rechtsquelle, bindend neben Gesetz ꝛc. für Praxis und Doktrin. Und die Consequenz etwa: Die Anwendung wissenschaftlicher besserer Gründe, als das Präjudiz, die Anwendung von Rechtsquellen hat deshalb einer Ordnungsstrafe zu unterliegen? Und unsere Lehrer der Universitäten hätten nothwendigerweise umgekehrt in geeigneten Zwischenräumen sich wieder einem praktischen Concurse zu unterziehen, ob sie in der That dies praktische, geltende Recht auch kennen?! (cf. § 1, 4 I γ b.) — —

Um nun das Unsinnige dieser beiden Extreme sowie die Aufgabe und Bedeutung unserer Praxis klarzustellen, müssen wir uns eben deshalb endlich fragen, was ist dies „Präjudiz" unserer Praxis, welches doch bald auf unsere Theorie in Praxis und Doktrin so hohen Einfluß üben, bald aber so ganz werthlos sein sollte? In vorneherein werden wir alsdann unserer Doktrin zugeben müssen, daß ja allerdings das letzte Extrem, als ob die Praxis als solche eine Rechtsquelle sei, nicht begründet ist (§ 7 B 2). Aber ebensowenig ist es doch das entgegengesetzte, erste Extrem, daß das Präjudiz unwissenschaftlich, werthlos und weniger werth sei, als ein doktrinäres Recht. — — Diese Frage nun: was ist ein Präjudiz? beantwortet sich dahin: — — Das Präjudiz ist ein „Urtheil"! oder wie unsere Praxis richtig sagt, ein „Erkenntnis": ein Erkennen des lebenden Rechts! Ein Erkennen aber ist nur möglich aus Gründen: aus Principien und casuistischen Gründen. Diese selbst aber sind Theorie. Deshalb ist ein Urtheil und das ganze Thun der Praxis nur eine Theorie, welche sofort auch verwirklicht werden soll. Von diesem Urtheile oder Präjudize gilt deshalb fernerhin der ewig wahre Ausspruch eines Römers: per sententiam non debet (jus) constitui, sed, quod est, declarari (Ulp. 18 § 4 D. 8, 5). Danach ist allerdings unsere Praxis an sich niemals selbst eine Rechtsquelle. Aber ihre Urtheile sind ein declarare, also eine Theorie eines Rechts, welches letztere zufolge der Quellen bereits unwillkürlich gegeben oder sonst unwillkürlich bindend ist: Dasselbe was unsere Doktrin ist! Daraus aber folgt, daß unsere Praxis und Doktrin in ihren Aufgaben sich völlig gleich gestellt sind. Dies declarare erfordert Gründe und Principien, und deren Darstellung ist infolge der Gleichstellung beider höchstens eine Arbeitstheilung zwischen Praxis und Doktrin. Die letztere hat das gleiche, zu declarierende Recht der Jugend zu lehren, die erstere hat nach ihm Recht zu sprechen!

Trotzdem freilich die Praxis nur das gleiche Recht zu declarieren hat, wie unsere Doktrin, hat das Präjudiz der Praxis zufolge § 2 I 2 nichtsdestoweniger andere Resultate gezeitigt, als die Lehre des „vergangenen" Rechts der historischen Schule in Savigny's Musterlehre, System und Zeitschrift ꝛc. Daraus folgt aber dann auch doch die Pflicht der Praxis, sich ihre Gründe und Principien, ihre Theorie und Schule selbst darzustellen, soweit sie auch unsere Doktrin seit

Digitized by Google

Windscheid noch nicht darstellt. Denn auch dieser letztere sammelt nur die Präjudizien, nicht aber die Gründe und Principien ihres lebenden Rechts, sondern er zeigt trotzdem nur das Princip des „vergangenen" Rechts: im Princip der historischen Schule. Wir müssen also für unser Präjudiz unsere anderen Gründe und Principien selbst darstellen, um correkt und bewußt urtheilen zu können. Noch weit mehr als die docierende Doktrin trifft ja diese Pflicht gerade uns als ausübende Praktiker! Denn eine falsche „Lehre" auf Universitäten an sich schädigt noch nicht! Erst die Anwendung einer Theorie durch unsere Praxis greift tief in das Leben; sie erst entzieht unserem Volke Vermögen, Freiheit der Person und Wohlstand. (§ 4 A.) Der Richter ist deshalb zu dieser principiellen offenen Prüfung des von ihm anzuwendenden Rechts, zu dieser „Theorie", selbst geradezu verpflichtet: weil er selbst rechtskundig, nimmermehr bloßer Vollstrecker, Gerichtsvollzieher aprioristischer Doktrinen ist. Nimmermehr diese Doktrinen, sondern uns selbst trifft die direkte Verantwortung, wenn wir den Rechtsuchenden durch falsches, lebloses oder abgestorbenes Recht von Haus und Hof bringen und tief schädigen!

Selbst auch das Verfahren hat für diese Theorie ja ganz das gleiche, zwingende zu sein: bei der Rechtfindung unserer Praxis, wie bei der Lehre unserer Doktrin. Wenn Savigny, wie schon erwähnt, mit Recht bemerkt: daß das Verfahren das gleiche sei, ob wir nun ein ganzes System, oder in einer einzelnen Monographie nur ein einzelnes Institut oder einen einzelnen Rechtssatz darstellen, wenn er sagt, die Monographie, der Rechtssatz sei so im Grunde nur ein System, welches statt vom allgemeinen zum einzelnen Rechtssatze, umgekehrt vom einzelnen Rechtssatze und Institute zum Systeme zurückgelange und so gleichfalls mit dem allgemeinen Systeme in Harmonie stehen, es verstehen müsse, so ist auch das Urtheilen der Praxis nur die gleiche Thätigkeit, wie die Darstellung der Lehre einer Doktrin! Ganz ebenso, wie eine solche Monographie der Theorie einer Doktrin, — wenn auch vielleicht, ohne die einzelnen theoretischen Grundprincipien des Civilrechts in ihrem concludenten Urtheile doktrinär auszusprechen, — muß dann eben auch jedes Präjudiz wenigstens thatsächlich und stillschweigend operieren! Auch die casuistische Einzelentscheidung eines Rechtssatzes muß ja dann im organischen Zusammenhange stehen: mit dem Grundprincipe und dem Systeme des Civilrechts überhaupt, ohne ihm in irgend einem Punkte zu widersprechen! Hat aber so schon das einzelne Präjudiz die direkte Pflicht, das ganze System von Principien und Detail, diese Theorie geradeso zu kennen und zu beherrschen, so muß das praktische Recht auch im Stande sein und die Pflicht haben, wie diese einzelne, aus Principien gefolgerte Entscheidung, so auch diese seine praktischen Principien oder Motive selbst als Theorie offen und klar darzulegen. Auch in diesem ihren formalen Verfahren obliegt unserem praktischen Rechte somit die gleiche direkte Pflicht einer „Theorie", wie unserer

Digitized by Google

Doktrin! — Alle diese Gründe somit ergeben zugleich die direkte Pflicht des Richters und Praktikers, sich der Principien oder Theorie seines praktischen Rechtes und Präjudizes auch offen und klar, wissenschaftlich oder theoretisch bewußt zu werden. Es wäre absurd, zu sagen: wir Praktiker brauchen kein Princip oder keine Theorie!

b) Indirekte Schädigung von Rechtsleben und Praxis durch falsche Doktrinen. — Ein Praktiker könnte heutzutage wieder einwenden: Wir Praktiker wenden ja doch nach dem eigenen Zugeständnisse des Verf. bisher bereits regelmäßig unser Recht nach concludenten Principien correkt an. Wozu also eine Darstellung dieser concludenten Grundprincipien unseres praktischen Rechts auch theoretisch oder wissenschaftlich, welche alsdann doch nicht wir, sondern höchstens eine Doktrin bedarf? Was kümmert es uns, ob Andere das Recht gleichfalls richtig darstellen. Wollen unsere Professoren auch eiu wahres Recht: ei, da sollen sie sich die, hiezu nothwendigen Grundsätze eben selbst suchen! Zu allem Ueberflusse sei aber jetzt auch das Präjudiz nach dem Vorgange J. A. Seuffert's seit Windscheid bereits in den Pandekten unserer Theorie herrschend geworden. Wozu mehr? — — Sehen wir jetzt somit davon ab, daß wir Praktiker selbst eine bewußte Theorie mit Principien brauchen, um nicht nebenhin zu kutschieren (Ziffer III a): Eine falsche Doktrin, auch wenn diese nur den Unterricht unserer juristischen Jugend besorgen sollte, steht doch thatsächlich, namentlich in Deutschland, so in tausend Fäden mit einer Praxis in Verbindung, daß sie auch Praxis und Leben indirekt schädigen muß! Jede falsche Theorie, auch die einer Doktrin, bedroht fortwährend die Praxis, weil die Praxis selbst eine Theorie ist und jene daher fortwährend drohen kann, selbst Praxis zu werden. Sie legt daher der Praxis fortwährend die Pflicht nahe, ihrer wahren Principien, d. i. ihrer eigenen Theorie, sich bewußt zu werden, nicht blos, um sich vor sich selbst zu rechtfertigen, sondern auch, um andere und die Oeffentlichkeit überzeugen zu können. Dieser Einwand der Praxis hieße ja ebendeshalb wohl beten: Sankt Florian, schütz' unser Haus, zünd' andere an. Oder wenigstens gliche er dem bekannten Kirchenliede: Greiz, Schleiz, Lobenstein, Herr gib uns Regen und Sonnenschein; und woll'n die Andern auch was ha'n, dann sollen sie Dir's selber sa'n ꝛc.! Auch hier aber wird es vielleicht doch besser und vernünftiger sein, wir wünschen ebensowenig einen Brand in der Nachbarschaft: er könnte doch auch unser eigen Haus versengen! Oder wir wollen wenigstens keine Hungersnoth oder Krankheit und Seuche selbst über den Grenzpfählen von Greiz, Schleiz, Lobenstein: wir Greiz- und Schleizer könnten auch da allzuleicht in Mitleidenschaft gezogen werden! Wirthschaft, Wissen wie Rechtsleben im öffentlichen wie Privatrechte eines Volkes ist ja etwas organisch über Schlagbäume, Zunft und Kaste hinaus zusammengreifendes; mit der Erkrankung einzelner Organe unseres Volkslebens, namentlich seines Geistes und seiner Theorie, wird auch dessen Gesammtbefinden

Digitized by Google

beeinträchtigt werden: Und ein solches Organ unseres Rechtslebens ist ja doch auch in der That die Theorie, das Rechtswissen, welches unsere Doktrin mit uns theilen, wie uns anfänglich lehren sollte! Eine solche „Nachbarschaft" besteht überdies im öffentlichen wie im Privatrechte, in Gefahren des Staats wie des Privatrechts!

Allerdings, werden wir in den folgenden Paragraphen ersehen, ist unser „praktisches" Recht — seine Anschauung oder Theorie — eine principiell richtige. Ein eitel Flunkern und Täuschung ist es ja, daß man, wie in § 5 gezeigt werden wird, uns vorwirft: wir treiben Willkür und denken nicht! Unsere Praxis allein ist es, welche alle positiven Rechtsquellen concludent und korrekt anwendet; und auch selbst der Vorwurf des nicht genügenden Denkens wird wohl auf unsere Gegner zurückfallen, welche eben nicht bedenken, daß sie die positiven Rechtsquellen nicht anwenden! Allerdings schadet so eine falsche Rechtsdarstellung also zunächst unseren extremen Doktrinen selbst: Diese Doktrinen eben erfüllen damit zunächst ihren Beruf und Lebenszweck vielfach nicht; nämlich den: „Recht" zu lehren. Sie entziehen — sei es durch utopische Naturrechtsphilosophien, sei es durch geschichtliche Antiquitäten getäuscht und geblendet — insoweit ihrer Lehre die Wahrheit des gegebenen Lebens und der Wirklichkeit eines realen Rechts. Statt also unserer Jugend wie der Oeffentlichkeit Wahrheiten dieses gegebenen Rechts zu weisen, führen sie beide irre. Statt dem Volke zu nützen, entziehen sie ihm wohlerworbene Rechte. Statt den Staat zu sichern, treiben sie ihn zu Revolutionen! Nimmermehr durch diese innere, gegebene Wahrheiten allein, nur durch künstliche äußere Mittel und Zuhülfenahme äußerer Macht einer Politik ꝛc. vermochten solche Extreme überhaupt ihr theilweise werthloses und schädigendes Recht zu Ansehen zu bringen: durch eine Tyrannei glänzender, halbwahrer Phrasen; durch glänzende Dialektik; durch schöne, bestechende Formen; durch äußere Mittel und Reklamen, Presse ꝛc. (§ 3).

Aber eben deshalb ist doch auch für unser Rechtsleben wie für die Praxis eines jeden Rechts eine solche theilweise falsche Doktrin, Theorie und Litteratur, ein falsches Lehrbuch wie Handbuch eine indirekte Schädigung: — Bald 1. eine fortwährende Gefahr des eigenen Abirrens des Staates, des Rechtsuchenden und Richters, wie einer Störung des Rechtslebens des Volkes, — bald aber 2. eine Quelle fortwährender nutzloser Mühen und Chicanen, welche die Widerlegung des fremden Irrthums mit sich bringt, — bald endlich 3. ein Entgang hilfreicher Förderung! —

1. Ist denn vor allem der Recht Gewährende: namentlich der Richter, Gesetzgeber ꝛc., selbst jedem Scheingrunde einer Doktrin oder „Theorie" stets sofort gewachsen? Sieht er immer sofort den Grund der Unmöglichkeit eines Philosophems, das positive Abgelebtsein einer Antiquität? Und wenn, muß denn seine Lage einer falschen Doktrin gegenüber nicht trotzdem oft eine recht peinliche sein? — Nichts leichter,

Digitized by Google

als vielleicht einen, zu rascher Abstimmung in einer gesetzgebenden Versammlung berufenen Abgeordneten oder Gesetzgeber oder vollends einen, mit Geschäften überlasteten, in öffentlicher Sitzung zu rascher Entscheidung genöthigten Richter einen Augenblick mit todter, werthloser Gelehrsamkeit in Verlegenheit setzen! Kein Abgeordneter und Staatsmann kann in öffentlichen Rechtsfragen, kein Civilrichter kann wohl auch nur jedes der Hunderte von Civilrechtsinstituten und der tausendfältigen Rechtssätze geschichtlich, dogmatisch und principiell so beherrschen, daß er auf jede romantische, seit Decennien vielleicht mit Muße durchdachte Aufstellung eines aprioristischen „Doktrinärs" sofort schlagfertig gerüstet erschiene, um ihn vom Standpunkte des lebenden Rechts sofort zu widerlegen. Namentlich etwa, um gegenüber einer Antiquität ein, vielleicht seit Jahrhunderten geübtes Gewohnheitsrecht durch diese Jahrhunderte hindurch sofort nachzuweisen! Selbst dann aber, wenn er jedes Institut so reiflich durchdacht hätte, fehlen ihm nicht im Momente einer raschen Entscheidung Apparate, Zeit, Raum, Autorität, um ein gegenwärtiges Recht gegenüber der Autorität eines, von einem Extreme, von einem Anwalte citierten Stahl, Savigny, Lasalle, Marx ꝛc. zu begründen? Wohl kommt ihm hie und da ein Präcedenzfall, eine Abhandlung als „praktische Theorie" zu Hülfe. Aber ist er denn nicht auch oft von diesen verlassen? Und findet er das versteckte Präjudiz ꝛc. immer sofort aus den zahllosen Bänden praktischer Präjudizien-sammlungen, Abhandlungen heraus? Kurz, der Eine weicht so bald unter dem Druck der Umstände der gelehrten Autorität. Der Andere aber schwört bald vielleicht dann doch, vermeintlich überzeugt, in verba eines Magister Stahl, Savigny und seiner Schule: Und man weicht so möglicherweise doch vom gegebenen, lebenden, praktischen Rechte ab, welchem keine wissenschaftliche Vertretung, keine Theorie zur Seite steht. So entstehen im Staate, wie schon in der Rechtspflege erst recht Schwankungen, widersprechende, starre, unwahre Urtheile und die hieraus resultierenden Schädigungen des Rechtslebens (§ 4 a. A.).

Am fühlbarsten aber sind diese indirekten Folgen einer unpraktischen, im Leben nicht gegebenen antiquarischen oder utopischen Theorie des Rechtes für das Leben im Volke selbst. Während der gelehrte historische Professor vielleicht, durch unmögliches Recht auch noch geehrt, in seinem vermeintlich „erfrischenden Bade der reinen Quellen eines classischen römischen Rechtes" sich geradezu buddelt, schwelgt und vor Schülern brilliert, der erfahrene Praktiker des Staatsrechts nur von seinem Posten abtritt und der Civilrichter vielleicht durch eine solche Theorie höchstens an Zeit geschmälert, zu gelinder Verzweifelung gebracht und von einer Clique fanatischer Romantiker etwa wegen richtigen Feststellens eines lebenden, praktischen Rechts nur an seiner Carrière geschädigt wird, greift dagegen ein unpraktisches, theoretisches Recht, wo es durchschlägt, dem Rechtsuchenden unseres Volkes möglicherweise direkt in sein Herzblut: es entzog ihm früher politische

Digitized by Google

Rechte der Einheit und Macht und entzieht ihm, wie an Beispielen des § 4 A als möglich gezeigt, wohlerworbene Civilrechte der Person, des Vermögens, der Ehre! Wer hat je die Möglichkeit solcher Erfolge gerade einer historischen Schule besser zu zeichnen verstanden, als die altbekanntesten Worte unseres großen Dichters! Wie sich hier: Gesetz und Recht „wie eine ew'ge Krankheit" forterbt; wie beide sich „fachte von Geschlecht zu Geschlecht, von Ort zu Ort schleppen"! Wie das „Phlegma verblieben", der dereinst belebende römische »spiritus« dieses Lebens aber verflogen, wenn von dem lebenden und sich bewegenden Rechte, welches unerfaßt „mit uns in der That geboren" wird, nimmermehr die Rede ist! — Dies alles: die Folgen einer falschen „Doktrin"!

Umgekehrt, ist nicht eine wahre Theorie nach allen Seiten hin eine Wohlthat? Nur durch eine Einsicht in dieses Leben, dies Werden, Selbstentwickeln und seine Grundgesetze, wie durch erfahrungsgemäßes Unterstützen dieses positiv lebenden und praktischen Rechts, kurz durch eine bessere „Theorie" wird ja im Privatrechts- wie auch im öffentlichen Leben jener schon oben berührte, alte blinde, dumpfe Kampf ums Recht und der, noch schlimmere Kampf von „Recht gegen Recht" mehr und mehr vermieden; derselbe Kampf, welchen eine „Theorie" eines historisch antiquarischen Rechts in der Geschichte von jeher erregt hat. Sehen wir doch, wie alles Recht von jeher im Privat- wie öffentlichen Rechtsleben in der einen Schale seiner Wage abwechselnd zwei Aequivalente als Kaufpreis eines unaufhaltsam geschichtlich werdenden Rechts wiegt: Bald Einsicht in das Leben, in eine praktische Lebenstheorie, oder Einsicht eben in die Bewegung des Rechts infolge des sich Aenderns der Verhältnisse, der Ueberzeugungen, des Rechtbegreifens — und den segensvollen Frieden; bald aber bei Verweigerung dieser Einsicht, bei falscher, lebloser Theorie an Stelle dieses Friedens — den Fanatismus der früher und jetzt Berechtigten und den blinden, männermordenden Krieg! — Beide Faktoren, Einsicht wie Unverständnis, führen nichtsdestoweniger zu dem gleichen unaufhaltsamen und unwillkürlichen Ziele einer anderen kommenden Rechtsordnung, nur die eine: ohne, die andere dagegen: mit Opfern! Diese doppelten Formen zur Erreichung desselben werdenden Rechts: lassen sie sich nicht im Rechtsleben beispielsweise gerade im antiken römischen Rechte, klar verfolgen? Auch in diesem Rechte beispielsweise finden wir ja im Privat- wie öffentlichen Rechte zuerst den Kampf ums Recht und dann die friedliche Einsicht, welche alsdann freiwillig das unaufhaltsame Recht gewährte, welches zuvor erzwungen werden mußte: — Zuerst einen Kampf! Ihn erregte beispielsweise seit dem dritten Jahrhunderte Roms die peregrine, sich in Rom fest gliedernde plebs. Ihre Zahl, ihre Organisation hatte diese Fremdlinge, diese anfänglich peregrina plebs neben dem eingesessenen populus der Patricier zu einer gleich unentbehrlichen Stütze des römischen Staats- oder Städtewesens erhoben. Ebendeshalb verlangten jene alsbald gleiches Recht. Der Weigerung der Patricier

Digitized by Google

setzten sie den Trotz: ihrer Secessionen entgegen: Bis diese Plebejer im folgenden Jahrhundert, als, mit dem alten populus vereinigte cives, — zwar ihre magna carta, aber nur ein ertrotztes strictum jus der XII Tafeln mit ihrem gemeinsamen öffentlichen und Privatrechte errangen, und bis sie insbesondere mit der Antheilsberechtigung an der Beute, mittels deren Zutheilungsform, der mancipatio, dieser Grundlage des Erwerbes des civilen Eigenthums: des dominium, mehr und mehr commercium und später connubium ꝛc. erreichten. So wurde von den Fremden ein Recht zwar trotzdem „erzwungen“: aber mit beiderseits einsichtlosem Kampf: Es fehlte beiden Gegnern das principielle Verständnis des, sich Bewegens des Rechts, die Erkenntnis der Rechtsquelle! Dies das römische jus civile, welches ein „Kampf“ gebar. — Nun den Frieden: — Römische Staatsklugheit allein verhütete anderseits später die Wiederholung eines gleichen, zweiten „Kampfes“ mit Peregrinen durch eine Praxis! Wieder drängten sich zwar Schaaren von „Fremden“ nach der werdenden Weltstadt. Aengstlich verhinderte man jetzt aber jede neue Organisation dieser Fremden zu collegia, namentlich unter dem Deckmantel der Religion. Aber man gewährte anderseits jetzt klugerweise friedlich und gerecht freiwillig alsbald das, den Verkehr vermittelnde nothwendige, neuzubildende Recht; umsomehr, als jetzt collidierende Interessen, Beuteansprüche ꝛc. nicht entgegentraten; und zwar gewährte man friedlich ein weit besseres Recht, als das, welches dereinst eine peregrina plebs erst mit Gewalt ertrotzen mußte: Man schuf unmittelbar aus einer naturalis ratio heraus, buchstäblich aus Naturrecht, das gemeinsame friedliche Verkehrsrecht des großen römischen jus gentium und naturale (denn das Naturrecht war hier suo loco berechtigte Rechtsquelle) zwischen Peregrinen und cives, mit gemeinsamem Eigenthume der possessio, mit Interdikten, welche früher eine Priesterrechtspflege, seit 507 der Stadt etwa ein eigener praetor peregrinus handhabte, man gewährte den Fremden seit der lex Aebutia im 6. Jahrhunderte der Stadt neben dem Interdikte, neben der Rechtspflege des praetor selbst judicia vor Bürgern, Geschwornen, welche verfassungsgemäß wieder die Klagbarkeit zahlreicher Contrakte des jus gentium ermöglichten ꝛc. ꝛc. So entstand an der Stelle eines, früher nur durch „Kampf“ errungenen, neuen jus strictum civile das neue friedlich gewährte, gerechte, positive jus gentium, ein Recht, welches Einsicht und praktische Lebenstheorie schuf! Weil dieses zumeist Gründe der aequitas schufen, bereitete es überdies das römische Recht zum Weltrechte vor, zu einer Weltherrschaft, welche jenes kampfreiche jus strictum civile nimmermehr hätte erringen können! (M. vgl. über dies alles des Verf. „Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio“ — mit dem weiteren Titel: „Die Rechtsverschiedenheit im antiken Rom und die Entfaltung des doppelten römischen Eigenthums: possessio neben dominium aus den verschiedenen positiven Rechtssystemen vor Justinian.“ Erlangen 1884.) —

Digitized by Google

Eine Schule oder „Theorie“ eines solchen praktischen, lebenden Rechts sieht alsdann wohl zumeist solche Kämpfe des wirklichen Lebens des Rechts, den uralten und ewig neuen Kampf eines alten und neuen Rechts, immer wieder, wie ein „bereits einmal dagewesenes“, mittels neuer Formen wechselndes, im öffentlichen wie Privatrechtsleben — objektiv und friedlich richtend — an sich vorüberziehen und verhindert das Abirren des schlichtenden Staatsmannes und Richters. Sie ermöglicht ein Schlichten, zu welchem unsere beiden aprioristischen Extreme: eine Naturrechtsschule wie eine bisherige historische Schule unfähig sind. Denn diese gerade sind ja die streitenden Gegner, die Erreger des Streites! Auf der einen Seite kämpft da anfänglich allerdings immer wieder von neuem eine historische Schule: eine, früherhin in der That gegebene, alte Ordnung der Dinge! die alte Theorie und altes Recht! In einem Abweichen von deren jetzt zum Theil todten Buchstaben und Formeln fühlen sich zwar die Träger dieses alten Rechts stets verletzt. Sie schreiben das Festhalten an ihrem „vergangenen Rechte“, dem zum Theil erstorbenen historischen, auf ihr Banner, als ob es noch lebte und gälte. Wegen dessen Verletzung glauben sie anfänglich selbst die Brandfackel eines Kampfes und Fanatismus tief in das Lager und Herzblut der unwillkürlich gegebenen Gegner tauchen und selbst deren neues, unwillkürlich gewordenes (§ 2 II) geschichtliches Recht gewaltsam ersticken zu müssen. Und doch ist dieses ihr altes historisches Recht nur mehr theilweise wirkliches Recht, theilweises Unrecht: falsche Theorie! Der eigene Parteistandpunkt nur läßt die Ankämpfenden dieses theilweise Absterben des alten Rechts kaum erkennen! Und doch gleicht dies alte Recht dann bald nur einem hölzernen Götzen, einem bloßen Phantome eines göttlichen Rechtes, welches im Leben auf Grund seiner älteren Legende — durch, ihm blind ergebene Priester — dennoch von der Menschheit seine grundlosen Brandopfer an Existenzen und Wohlstand zu fordern fortfährt, ohne doch der Menschheit noch jetzt den Segen eines wahren absoluten, gleich einem göttlichen Rechte gewähren zu können! — — Auf der entgegengesetzten Seite des Rechtslebens aber pocht dann immer wieder unwillkürlich dies neue Recht und seine bessere Einsicht oder Theorie an der Schwelle unserer Geschichte: Zum Theil als eine, durch völlig veränderte, thatsächliche Verhältnisse bedingte Regung eines öffentlichen Gewissens, einer öffentlichen Meinung oder Ueberzeugung dringt es von dort her vernehmlich an unser Ohr. Der Gegner hält es für bloßes revolutionäres Naturrecht. Diese im innersten Bewußtsein unseres Volkes wurzelnde und sich emporringende neue opinio necessitatis allerdings ist alsdann nimmermehr stets ein utopisches Gebilde! Es lebt nicht selten, und ihm folgt zum Theil bereits wirkliches Gewohnheits- oder sonst gewordenes Recht. Trotzdem findet dies Recht aber anfänglich nicht selten kaum Beachtung als Recht: Vielmehr, solange wir nicht bessere Principien eines, auf Grund unserer positiven Rechtsquellen fort-



Digitized by Google

während erquellenden, lebenden oder praktischen Rechts auf beiden Seiten ermittelt und zur Anerkennung gebracht sehen, solange wir nicht eine bessere „Theorie" für beide Gegner zum Bewußtsein gebracht haben, entsteht Kampf: und der zum Schlichten berufene Staatsmann wie Richter bleibt rathlos! Namentlich vor den Pergamenten des Gelehrten einer historischen Schule aber wird ein solch wahres neues Recht anfänglich, sobald es in der Gegenwart auftritt, niemals auf Verständnis wie Anerkennung rechnen können! Sein Wirken gleicht im Erfolge dann vielfach dem eines englischen undertaker auf einem Bilde Hogarth's, des Arztes, welcher das zerstörte Leben des Rechts, seines Patienten, so radical heilt, daß er dessen Existenz ganz und gar in ein Jenseits befördert, oder daß seine Heilerfolge dem Patienten doch wenigstens die Farbe eines todten Pergamentes, statt eines blutdurchströmten strotzenden Lebens, aufdrücken! Er, der auf Grund seines vermeintlich allein geltenden klassischen römischen Rechts eines Savigny bisher im Civilrechte eine Klage aus einer praktisch lebenden Rechtsentwicklung oder Neubildung nach Art des § 2 I, 2 abweisen würde, ahnt da gar nicht, wie er, statt eines gegebenen lebenden Rechts, bald ein quid pro quo, statt Brod einen Stein, ein hölzernes, lebloses Recht seinem Volke gewährt, bald wohlerworbene Rechte schadenstiftend entzieht; daß er die organischen Wurzeln unseres Rechtslebens, statt ihre vielfachen Verschlingungen einsichts- und segenvoll zu lösen, blind und brutal durchschneidet und zerstört und daß auch eine Praxis so unfähig ist, ihm zu glauben! Das ist die Gefahr auch einer blos falschen „Lehre" oder einer falschen „Doktrin" für das Leben und einer anfänglichen Sturm- und Drangperiode! — Aber mehr und mehr wendet sich allmälig der gesunde Menschenverstand und sachliches Forschen von einer solchen Buchstaben-Jurisprudenz eines Rechtes der Vergangenheit, und erkeimt selbst auch eine bessere „Theorie", welche im Stande ist, den immer wiederkehrenden Kampf zwischen althistorischem und neuem Naturrechte durch Einsicht zu schlichten, und welche altem wie neuem Rechte, jedem den ihm gebührenden Platz anzuweisen vermag: dem Gärtner vergleichbar, welcher die alten Zweige des Baumes schneidet, neue erhält! Freilich erwacht eine solche Rechtserkenntnis langsam! Zuerst findet sich dieselbe vielleicht nur in dem hilflosen, von todter Gelehrsamkeit nicht geblendeten und selbst duldenden Volke; sein Recht und seine Gewohnheiten erfaßt zuerst nur etwa der Laienrichter, als Geschworener und Schöffe; dann aber auch bald der, dem Leben näher stehende Praktiker, bei welchem eine historische Schule nur in abnormen Fällen durchdringt. Erwacht dies Verständnis in einem oder dem andern Träger einer Doktrin, dann verläßt zuerst die Jugend die Hörsäle der Historiker des alten Rechts. Ihr Adlerblick haßt, was da staubig! Auch dies ist ein Hebel zum Siege des lebenden praktischen Rechts!

Ebenso unbeholfen sind anfänglich die Rechtsgründe einer solch'

Digitized by Google

besseren praktischen Theorie. Anfänglich drängen sich dieselben wie ein Gefühl, selbst wie eine Phrase vor. Der Praktiker neigt sich da leicht zu einem Naturrechte hin; weil man ihm praktisch die Wahrheit verhüllt, daß nicht blos die Vernunft des Naturrechts, nein: auch die Geschichte lebt und sich bewegt: über die Vergangenheit hinaus. Der Schlachtruf des neuen Rechts klingt dann wie Nothschrei, wie ein Gemeinplatz: summum jus, summa injuria, oder fiat justitia, pereat mundus; er prallt noch an den Pergamenten des Historikers fruchtlos ab. Bis vielleicht der Nachweis mühsam durchschlägt: daß nicht das vergangene, sondern nur ein „geschichtlich lebendes" vor den positiven „Rechtsquellen" besteht! Da eben tritt die Priesterpflicht, die höchste Aufgabe der Juristen im Leben in Aktion. Der sacerdos justitiae allein ist es, welcher dem lebenden, praktischen Rechte dereinst den Sieg erringen wird, nach dem so mancher Märtyrer gefallen! Er, welcher berufen ist, die Gefahren zu bannen, welche dem Staats- wie Privatrechte von den beiden revolutionären Extremen des Naturrechts wie der historischen Schule droht! So muß es auch bei uns kommen: Wenn nicht unsere Rechtsentwicklung, allzu lange von einer „Theorie" des lebenden Rechts abgedrängt, altert, wie Gierke (Genossenschaftsrecht II S. 8) treffend ein alterndes Recht schildert: „Bei einem alternden Volke beginnt das, seiner Quelle entfremdete Recht in dürrem Schematismus zu vertrocknen".

2. Bisher haben wir gezeigt, wie unsere falsche historische Doktrin uns Juristen und Praktikern selbst indirekt eine fortwährende Gefahr des Abirrens und ebenso unserem Rechtsleben Gefahren und Störungen bereitet. Wir haben programmmäßig jetzt noch kurz zweitens weiter zu zeigen, wie ebendieselbe falsche Doktrin für uns Praktiker eine Quelle fortwährender Mühen sein würde! — Der Praktiker des Civilrechts allein soll beispielsweise beim Erlasse von Urtheilen, ohne eine, ihn unterstützende Theorie, plötzlich all' die Schäden wieder gut machen können, welche eine unpraktische, antiquarische ꝛc. Lehre systematisch, mittels Vorbildung, mittels der, durch sie allein der Praxis an die Hand gegebenen Lehrbücher und Leitfäden, dem Leben fortwährend zu schlagen droht, ja geblendet zu schlagen sucht? Zunächst soll er einen, von Universitäten kommenden, mit unwahren historischen Rechtsbegriffen vollgepfropften, angehenden Themisjünger (der Habermeier-Periode Ihering's etwa) bei seinem Eintritte in die Praxis mit den Nothwendigkeiten des praktisch lebenden und geltenden Rechts erst neuerlich, zum ersten Male, vertraut machen und alle Gefahren dieser, seiner ihm von der historischen Schule eingeimpften „Habermeier-Periode" beschwichtigen (§ 4 A)! Ein falsches, antiquarisches Lehrbuch gibt ferner der Partei, deren Anwalt, (welcher nun einmal das Recht und die Pflicht hat, sämmtliche ihm durch eine öffentliche Rechtsdarstellung gebotenen Hebel, selbst auch gegen das lebende Recht und seine Ueberzeugung, in Bewegung zu setzen), sogar eine autoritative Handhabe, es zwingt ihn, mittels derselben seiner Partei gegen das



Digitized by Google

wirkliche Recht und selbst gegen diese seine persönliche Ueberzeugung zum Siege zu verhelfen oder dem Gegner wirkliches Recht zu entziehen: sobald man nicht sofort im Stande ist, dasselbe zu widerlegen. Wie in § 2 I gezeigt, durchziehen ja diese Gegensätze des praktischen und historischen Rechts — beispielsweise zwischen Seuffert's Archiv und Savigny's und seiner Schule Zeitschrift und Systemen, — wie Controversen, vielleicht die Hälfte aller Prozesse unseres gemeinen Civilrechts! Mußte nun aber bei jedem Urtheile erst möglicherweise jene unreife, unpraktische Theorie durch ein praktisches Recht, wenigstens durch ein Präjudiz ꝛc. wiederlegt werden, eine Theorie zudem, welche sich möglicherweise auch noch auf eine vermeintliche antike römische „Gesetzgebung"! stützt, — ist dann nicht die Mühe unseres Rechtsprechens mindestens verdoppelt oder verdreifacht? — Ein falsches Lehrbuch, eine falsche „Theorie" erschwert also gewiß auf diese Weise auch dem Richter unendlich die Judikatur nach dem, doch allein positiven praktischen Rechte! — — 3. Endlich entzieht drittens eine falsche Doktrin unserer Praxis diejenige Förderung ihrer Rechtssprechung, welche ihr dann geboten wäre, wenn dieselbe Doktrin, statt eines unfertigen, antiquarischen oder utopischen, sofort ein fertiges, heutzutage lebendes und positives praktisches Recht böte: In dem gleichen Maße, in welchem für den Praktiker ein falsches Lehrbuch ein Hemmnis, würde für ihn eben dann ein praktisches Lehrbuch umgekehrt eine Erleichterung sein! Statt ihm Hemmnisse zu bereiten, böte ihm eine praktische Doktrin dann die Erleichterung, das gewordene Recht nicht selbst aus den heutigen Rechtsquellen erst mühsam darstellen zu müssen! — — Es ist also wohl in keiner Weise richtig, daß eine falsche, unpraktische Doktrin uns Praktiker gar nicht tangiere! Sie ist, wie gesagt, eine indirekte Schädigung für unser Volk wie für unsere Praxis im öffentlichen wie im Privatrecht. Solche indirekte Schädigungen unserer Praxis und unseres Lebens sind eben die Folgen des Umstandes, daß wir — Praktiker wie Theoretiker — uns bisher nie um die klare Ermittlung und Beachtung der concludent geübten, wahren Grundprincipien, um eine Wissenschaft oder „Theorie" unseres allein positiven, „lebenden" und praktischen Rechts vor der Oeffentlichkeit gekümmmert haben, um auch diese Oeffentlichkeit zu überzeugen; sie sind die indirekten Folgen einer falschen Doktrin und Schule! Das die Folgen des geistig beschränkten Satzes, daß die Praxis, diese Uebung einer Wissenschaft und Theorie, keine Theorie treiben, keine zwingenden Grundgesetze, keine bessere Schule aufdecken dürfe, auch wenn die herrschende „Doktrin" einer zum Theil falschen Schule huldigt und Leben wie Praxis tief schädigt!

IV. Eine moderne „Polizeijustiz" als Ersatz für das Präjudiz. Die Pflege des praktischen Civilrechts der früheren obersten Gerichtshöfe, jetzt des d. Reichsgerichts, innerhalb der Jahre 1879—1891 als Grund einer Maßregelung von Richtern: Ein Bild des Wirkens einer historischen Schule innerhalb der Praxis.

Digitized by Google

Die Thatsachen. — Mit dem Eintreten eines neuen Vorstandes schien an einem vereinzelten höheren Gerichtshofe eines deutschen Bundesstaates unter dessen Senate sich mit einem Male die uralte Ordnung der Civilrechtspflege zu verkehren. — Materiell erschien vor allem auch dort früher das Präjudiz der höchsten Gerichtshöfe in Civilsachen das allein mögliche gemeine Recht. Jetzt schien die Anwendung, vom römischen Rechte abweichender Präjudizien oder auch eines deutschen Privatrechts, z. B. eines Stobbe ꝛc., ein, gleich schweren Verletzungen zu maßregelndes Unrecht. Ihren Anwendungen trat Gewalt entgegen. Solches Recht wurde von dem neuem Vorstande plötzlich einfach nicht mehr geduldet, als ob er der ganze Senat sei. Von der Praxis des Reichsgerichts ꝛc. erst jüngst anerkannte Neubildungen vollends, wie die Genossenschaft, das Detentionsrecht des Besitzers ohne animus domini, waren diesem nach dessen reichen Sprachschatze einfach Unklarheit, Confusion, Unsinn, Verstoß gegen Gesetz und Obrigkeit; ganz, als ob diese nicht auch die Anwendung von Gewohnheitsrecht geböten; sie waren Grund zur Annahme juristischer Unfähigkeit. Sein Entscheidungsgrund mag gewesen sein: Gemeinrechtlich ist das römische Recht Gesetz; wie vermag eine Praxis des Reichsgerichts sich zu unterstehen, dagegen zu verstoßen? Kurz, der neue Vorstand trat als Reformator des praktischen Civilrechts auf: Und warum? Weil ihm während seiner Universitätsbildung die historische Schule ein anderes Recht gelehrt hatte, weil derselbe in einer fortgesetzten staatsanwaltlichen Carrière nicht Gelegenheit hatte, sich zuvor in einem Civilcollegium dauernd anders zu schulen; weil er seitdem in der Justizverwaltung der Staatsanwaltschaft, im Verordnungswesen, im Strafrecht hervorragend, in der Praxis des Civilrechts aber so, wie jeder andere in gleicher Lage, „verlegen" ward (§ 1, 3 S. 65). Wer sollte ihm auch beweisen, daß das praktische Civilrecht das wirkliche positive Recht ist? Die, unsere Doktrin beherrschende historische Schule bezeichnete es als Willkür; keine Litteratur legt auch jetzt noch seine principielle Berechtigung dar. Die Praxis selbst aber kennt ihre Principien nicht, sie übt dies praktische Recht nur! — — Formell ferner schreckte der neue Vorstand kaum vor einem Mittel der Gewalt zurück, um, in das Heiligthum der Rechtspflege eingreifend, die Richter an ihrem Votum zu hindern und solche Präjudizien zu beseitigen. Zwar suchte derselbe nie sein Princip zu verrathen. Dies wäre nur Aufsehen erregend gewesen! Principien dürfen ja auch im praktischen Rechte überhaupt nicht angewendet werden! § 3 II C. Sie sind Sache der Theorie der Universitäten. Dessenungeachtet wurde von ihm nach Art der historischen Schule, wenn auch verdeckt und selbst das Gegentheil heuchelnd, die Anwendung ihm nicht genehmer Präjudizien in geradezu grausamer Weise mittels Polizeimitteln gemaßregelt. Früher ward eine Kenntnis des praktischen Rechts auch an diesem Gerichte ausgezeichnet. Jetzt wurden deshalb Richter, ohne daß sie je opponierten, ohne daß sie je der Regierung feindliche Politik trieben, solche, welche nichts kannten, als dienstliche Pflichterfüllung und welche sich zuvor mit Auszeichnung befördert sahen, auch dann gemaßregelt, wenn sie sich wieder durch Mehrarbeiten ausgezeichnet hatten und in den untern Instanzen wieder mit Auszeichnung zur Beförderung vorgeschlagen waren. Zur höheren Instanz wurden jetzt von ihm nur frühere Staatsanwälte zulässig befunden. Von den, unter dem aburtheilenden Senate dieses Vorstandes stehenden Richtern eines ganzen Kreises wurde jetzt zwischen 1879 — 1891 kein einziger, welcher Fortkommen suchte, mehr zur höheren Instanz zugelassen. Namentlich wegen litterarischer Beschäftigung, welche über den Rechtsfall, den Prozeß, das Partikular- und Strafrecht hinausging, wenn dieselbe im gemeinen Civilrechte auch nur Präjudizialfragen betraf, welche ein bewußtes, correktes Urtheilen voraussetzt, namentlich Schulfragen, erfolgten sofort, dem Verf. an höchster Stelle um 1884 selbst vorgelesene Denunciationen, buchstäblich wegen „Theorie". Offenbar somit mußten dem Vorstande, wie Savigny selbst (§ 1, 4 II), das praktische Recht staatsgefährlich erscheinen. Ging alsdann die höchste Behörde auf diese Denunciationen nicht ein, so wurde ganz dasselbe Ziel der Maßregelung von diesem Vorstande auf eigene Faust auf anderem Wege, durch Polizeikünste und Gewaltakte dennoch erreicht, und so durch andere Entstellungen „der Staat gerettet"! Nur aus der eigenen höheren Instanz beförderte der neue Vorstand, um sich den Schein der Bonhomie vor Collegen zu

Digitized by Google

wahren, auch Richter, welche zuvor nicht Staatsanwälte waren; theils sonst ausgezeichnete; theils vielleicht sog. Pagoden der Rechtsprechung; solche, welche niemals durch eigene Ueberzeugung unangenehm belästigten, im Gegentheil in elegantester Form auf den leisesten Hauch ihres unfehlbaren Herrn hin schon angeregt, und doch wie von selbst, dessen Anschauungen mit einem stets paraten Kopfnicken zu bekräftigen gewandt genug waren. Ein solcher konnte der Löwe des Tages werden. Festhalten an Gewissensüberzeugung und Richterpflicht wie Präjudiz aber mußte, gleich der Eule, welche den sonnigen Tag scheut, verdeckt beschlichen werden, ohne daß es sein Opfer nur ahnte. — — Dies dauerte bis 1891. Da mit einem Male, plötzlich, änderte sich die ganze Scenerie. Der Unfehlbare qualificierte jetzt auch „bloße Richter" mit Note I mit Stern. Er hängte von da an den Mantel anders. Ist der Polizeimann jetzt endlich von der Ungefährlichkeit des praktischen Rechts der obersten Gerichtshöfe und der Unmöglichkeit seines doktrinären historischen Rechts gleichfalls überzeugt, nachdem er jetzt Jahrzehnte hindurch unendlich geschadet? Oder fühlt er sich jetzt nur nach oben entlarvt?

Die erwähnte Charakteristik aber, das Festhalten am „gesetzlichen römischen" Rechte in Deutschland, die Gewaltanwendung wegen oberstrichterlich getheilter Rechtsanschauung von Präjudizien, die Verfolgung von praktischer Theorie wie staatsgefährlich, zeigt auf den ersten Blick, daß wir es hier mit einem, gleichviel ob bewußten oder unbewußten Produkte unserer älteren, romantischen historischen Schule zu thun haben, welches in der Civilpraxis solange verlegen war und deshalb mittels antiquarischen, rein römischen Rechts den Staat zu retten hatte: Ein Doktrinär der historischen Schule hatte so jetzt den Präsidentenstuhl einer urtheilenden Praxis bestiegen, hatte Politik in die Civilpraxis zu mischen und namentlich das Präjudiz zu verfolgen, welches doch seit Windscheid selbst die neueste historische Doktrin aufgenommen hatte; auch jetzt noch, nachdem Fürst Bismarck mittels eben dieses „praktischen" Rechts Deutschland hergestellt und so manche Krone gerettet! Dieses Streben nun, aus Polizeigründen gegen das, juristisch allein exakte, quellengemäße Recht der obersten Gerichtshöfe wie des jetzigen Reichsgerichts nach unten den Krieg zu eröffnen, diese Polizei, welche dem Recht maßgeben will, statt daß in einem Rechtsstaate umgekehrt das Recht als Fundament von der Polizei respektiert werden sollte, wird man getrost mit einer „Polizeijustiz" charakterisieren dürfen.

Ob die oben geschilderte Clique der historischen Schule (§ 3 II B, 3, § 1, 5 II) auch hier Einfluß geübt? Ob sie den Ehrgeiz des Unfehlbaren zu kitzeln wußte, damit doch nicht in eben dem Kreise, in welchem dereinst ein J. A. Seuffert soviel für praktisches Recht gewirkt und selbst bereits gemaßregelt wurde, nicht derselbe Landstrich wieder für praktisches Recht eintrete, damit nicht dort wieder an einer Untergrabung dieser romantisch-fanatischen Schule gearbeitet werde? Wir wissen es nicht!

Erklärungsversuche, wie eine solche Abnormität entstehen konnte? — Ein Praktiker, welcher sonst viel gewandt und ausgezeichnet, im Civilrechte so fanatisch gegen das eigne, von der Praxis allgemein geübte praktische Recht, gegen deren eignes Fleisch und Blut rast, ist immerhin eine Abnormität! Wie ist dieses Räthsel nun aufzuklären? Einen Schlüssel zur Erklärung gibt vielleicht folgendes. Der Abnorme ist mindestens vor 1818 geboren. Seine Universitätsbildung fiel also vollständig in eine Blüthezeit der älteren historischen Schule. So mußte deren stümperhafte Politik, mittels Antiquitäten eines corpus juris etc. den Staat zu retten, schon damals sein Privatrecht verderben. Er mußte damals schon die Ideen Savigny's einsaugen, wie: ein „unerleuchteter Bildungstrieb" (das Streben auch der Praxis nach praktischem Rechte und nach nationaler Civilgesetzgebung!) sich in Europa geregt, wie er einer „Gegenwirkung" eine Stätte bereiten müsse, wie gerade im „bürgerlichen" Rechte der Unterschied von der vergangenen Zeit recht augenscheinlich sei ꝛc. ꝛc. (Savigny Beruf, 1814, S. 4, 5, 2 ꝛc.). Dazu kam einerseits, daß der Abnorme, wie es damals möglich war, seine Carrière fast ausschließlich in der Staatsanwaltschaft machte, und daher, wie dies eben jedem, auch dem besten, länger aus dieser Praxis getretenen Juristen ergehen mußte, in der Civilrechtspraxis verlegen werden mußte, ohne sich durch längeren Dienst in einem

Digitized by Google

Civilrichtercollegium von deren staatlicher Ungefährlichkeit überzeugen zu können! Anderseits, daß ihn sein Beruf wiederholt mit der Politik in Berührung brachte, so daß er sich den Ruf eines staatsmännischen Blickes nicht leicht entgehen lassen wollte; denn dies war in den früheren Reaktionsperioden nach Anleitung der historischen Schule jeder, welcher das praktische Recht für staatsgefährlich befand (§ 1, 4 II, § 3 II B, C). Der Genannte mußte so schon um das, politisch erregte Jahr 1848 Staatsanwalt geworden sein, und fand sich dann auch später als Staatsanwalt in eine Provincialstadt versetzt, welche um 1848 mit Demokraten bevölkert war. Diese Verhältnisse hatten sich zwar seitdem gründlich geändert; es war das Jahr 1870, dann der Culturkampf dazwischen getreten, und die dortige Bevölkerung war längst von der rothen zur schwarzen Fahne übergetreten. Nun fehlte dem Politiker aber doch eigentlich die Gelegenheit, den Staat vor Staatsgefahren zu retten? Weit gefehlt! Wenn auch keine Demokraten: riechen mußte er doch. Denn man verdankte auch noch um die Reaktionsperiode nach 1848 einer solchen Eigenschaft außerordentliche Carrièren! Da blieb eben nichts übrig, als nach der Anleitung der, damals den Staat beherrschenden historischen Schule, gleich einem „Sporte" — zur Kurzweil, ohne Nutzen für eine Sache, wohl aber unter tiefen Schädigungen für die Sache des Rechts — auch in der praktischen Civilrechtspflege mit Savigny Politik und Staatsgefahr zu riechen. Das „Wild", welches der Sport aufgeschreckt hetzen und jagen wollte, waren jetzt ergraute, gewissenstreue Richter, welche durch Gewissenspflicht sich gebunden erachtend, ganz wie das Präjudiz der obersten Gerichtshöfe votierten. Auf diese eröffnete der Genannte jetzt, versteckt hinter hohlen Präsidialbeschlüssen, welche er selbst durch betrügliche List, ihn wie zur Lauer verdeckend, aufgerichtet, seine Jagd: Auf edles Wild eine unwürdige Jagd! Freilich die Leute, welche den Staat wirklich gefährdeten, sie fanden sich niemals unter den pflichttreuen, praktischen Richtern. Sie fanden sich weit eher unter den Trägern der doktrinären Extreme der historischen und Naturrechtsschulen selbst, wie in seiner Person! Was that dies zur Sache? Die Tendenz, der Scheingrund, die, wie der ganze Zweck der historischen Schule, a priori geschaffenen Phantasiegebilde, daß Antiquitäten Staat und Recht retten, sie forderten ihre Opfer. Waren sie nicht staatsgefährlich, so mußten sie doch zu solchen gemacht werden; denn das trug Ruf, Orden, Carrière. Gleichviel ob eine Regierung durch solche schreiende Ungerechtigkeit verhaßt werden mußte! Der Staat durfte ja nach den Recepten der früheren Polizeikünstler niemals nach unten, im Volke zu Vertrauen kommen. Er mußte ja ins Bockshorn gejagt werden. Sonst gab es für die damalige Polizei keine Staatsrettung und keine Orden. Diese hirnverbrannte Politik hatte auf den Universitäten schon das Dogma unseres Civilrechts verdorben (§ 1, 4 II). Nun sollte sie auch die praktische Rechtspflege verderben: Denn auch diese schien den Staatsleitern ein bloßes Buhlen um Volksgunst, nicht Pflichterfüllung und Recht! Unter solchen Traditionen gelangte in dem hohen Alter von etwa 60 Jahren auch dieses staatsmännische und staatserrettende Talent erst dauernd in ein reines Civilrichtercollegium des gemeinen Rechts; und zwar auch hier nicht etwa als einfacher Richter, so daß ihn noch das Votum gleichgestellter, im Civilrechte erfahrener Collegen hätte belehren können; nein, sofort in dessen übergeordnete Leitung. — Auch dies aber würde noch freilich nicht zu solchen außerordentlichen Extremen geführt haben, wenn nicht in der abnormen Persönlichkeit selbst sich bereits andere Charakterzüge ausgeprägt vorgefunden hätten! Vor allem eine abnorm hohe Meinung von sich selbst und ein Selbstvertrauen, welches derselbe, trotz aller geheuchelten Bescheidenheit, unfehlbar in sich trug, und welches sich vermehrte, je mehr er sah, daß andere diese Heuchelei glaubten und er sie leitete. An sich steigert ja allzulange fortgesetzte, einseitige staatsanwaltschaftliche und oratorische Thätigkeit schon das Selbstgefühl. In dem französierenden Strafprozesse seit 1848 zudem erging jede kleinste Verfügung nur auf Antrag der Staatsbehörde. Jeder Prozeß unterlag seiner Leitung. In öffentlicher Sitzung ist er der alleinige Ankläger. An seinem Munde hängt das Auditorium. Er glaubt allein von der Schuld des Angeklagten die Richter zu überzeugen. Mehr und mehr lebt er sich in die Meinung hinein, als ob seine Rednerei, als ob er allein alles machen könne. Das moderne Strafrecht ferner gestattet mit

Digitized by Google

Recht (§ 3 III) keine Abweichung vom Buchstaben des Gesetzes, wie diese das gemeine, halbantiquierte römische Civilrecht gebietet. Dort war Abweichung vom Buchstaben schon Gesetzesverletzung und Nichtigkeit, welche bei überliefertem Civilrecht quellengemäß ist! Zu dem kam das Eingelebtsein in den Justizverwaltungsdienst als langjähriger Vorstand einer Staatsanwaltschaft! Auch hier wieder, in der Verwaltung des Strafrechts und Verordnungswesens, gilt ein ganz anderes Recht, als im Votieren der Civilrichter. Dort darf, muß der Chef von seinen Untergebenen auch im materiellen Plaidieren, wie im formalen Ausführen, denselben Gehorsam fordern, welcher umgekehrt beim Votieren des Civilrichters eine Gewissens- und Pflichtverletzung wäre. In dieses Prätentieren von Gehorsam nun erschien der Unfehlbare inveteriert. Hiezu kam weiter eine, durch früheres Ueberarbeiten bewirkte nervöse Ueberreizung. Sie bewirkte geradezu Unverträglichkeit gegen jede andere, noch so sachlich begründete Ueberzeugung. Während diese beim Administrativdienste nur unangenehme Beigabe war, mußte sie bei einem Richtercollegium mit gleichberechtigten Stimmen zur Leitung geradezu unfähig machen. Dies unterstützte ein, sich Absondern dieses Vorstandes von seinen Collegen in außerdienstlichem Verkehre infolge Gehörleidens; auch das erschwerte den Umgang, die vertrauliche Besprechung von Rechtsangelegenheiten; es bewirkte ein Mißtrauen gegen die Motive der harmlosesten Abweichung von seinem Ideengange, als ob persönliche Gegnerschaft vorläge! Dies alles steigerte sich schließlich zu krankhaft exzentrischen Einzelvorstellungen, welche gerade bei besonders geistig veranlagten erregten Personen leicht nahezu an Zwangsvorstellungen, einzelne Monomanieen grenzt. — Dann erhöhte dies ungewöhnliche Selbstvertrauen noch eine zufällige, auch für das Verdienst außergewöhnliche, Beamten-Carrière. An sich „überflügelte" schon die frühere Staatsanwaltschaft jede Richter-Carrière. Aber selbst auch da noch nahm er wieder an einer zufälligen außerordentlichen Auszeichnung Theil, welche eigentlich nicht ihm, sondern einem andern, einem jetzt verstorbenen Minister Näherstehender zugedacht war, welcher an Qualifikation unserem Unfehlbaren nicht vorging. Sobald dieser nun außer der Tour lanciert war, wußte unser Unfehlbarer in jenem bekannten, äußerlich so ungemein submiß scheinenden Beamtentone seine, mindestens gleiche Qualifikation nach oben so derb und widerhaarig geltend zu machen, den Minister bei dieser seiner schwachen Seite einer Protektion so scharf zu fassen, daß auch ihm eine, selbst für Verdienst außerordentliche Carrière zu Theil wurde. Statt zu Dankbarkeit, bestärkte ihn aber dies nur wieder zu Uebermuth und Selbstvertrauen darauf, was er alles zu machen im Stande sei; er setzte auch das, durch Zufall und äußere Gewandtheit Erreichte jetzt auf Rechnung seiner juristischen Kenntnisse und seines Verdienstes. Damit das Maß voll werde, bestand die frühere Beschäftigung der Staatsanwaltschaft, abgesehen von der materiell leichteren Pflege des Strafrechts ꝛc. auch noch in der Beaufsichtigung des Mechanismus eines modernen Hypothekenwesens. Diesen lernt man aber nur durch fortwährende persönliche Anschauung kennen. Selbst ausgezeichneten höheren, damit niemals befaßten Sparten eines früheren Ministeriums war dies weniger verständlich. Hier namentlich sollen seine früheren Berichte infolge individueller früherer Beschäftigung in dieser Sparte alle anderen überragt und manches wieder in das Geleise gebracht haben. Während er in diesem bloßen Mechanismus überragte, wähnte er sich jetzt selbstverständlich auch im übrigen Civilrechte unfehlbar. Schmeicheleien untergebener Streber, welche ihn damit zu ihren Zwecken auszubeuten verstanden, ließen es nie fehlen, ihn in diesem Selbstvertrauen noch mehr zu bestärken. — Faßt man dies in ein Gesammtbild: Seine Erregung, die von ihm ausgespielte politische Tendenz, die Parole der Staatserrettung durch seine Polizeikünste, welche früher nach oben so bereitwillige Ohren traf, seine theils wirkliche, theils vermeintliche Ueberlegenheit in vielen Sparten, seine raffinierte Gewandtheit, seine anscheinend ganz bescheidene, anspruchlose Bonhomie, mittels welcher er andere über seine hochgehenden, selbst sie schädigenden Pläne vollständig zu täuschen wußte, seine Auszeichnungen und Erfolge, welche zeitweise selbst nach oben corrigierten, und vice versa sein Einfluß nach unten, so daß beides nach oben wie unten geradezu grundlose Furcht erregte: Das Alles förderte schließlich einen Uebermuth, welcher ihn bei nahender Schwäche des Alters geradezu zu Cäsarenlaunen führte.

Digitized by Google

Hätten doch alle, nicht früheren Staatsanwälte unter den Richtern nur einen Kopf gehabt, um ihn mit einem Male zu beseitigen! Mit Hohn war der, sich überlegen Dünkende jetzt gewohnt, nach unten wie nach oben vorzugehen! Seine Unfehlbarkeit steigerte sich so, daß er zuletzt selbst die Concepte der höchststehenden Beamten der eignen Instanz wie Schulaufgaben willkürlich corrigierte und nur seine eigenen Worte noch lesen wollte. Daß durch ihn nur noch Staatsanwälte zu höheren Stellen gelangten, soweit es den seinem Senate untergebenen Kreis anbelangt, gelang ihm über ein Jahrzehnt. In dem ihm fremden Civilrechte dagegen war er nur formales Talent. Schwer strafte er seine Archiver, weil nur er selbst da „verlegen" war! Ein spontanes Leben und sich Entwickeln des praktischen Civilrechts, die Segnungen, welche da eben ein Verständnis der quellengemäßen positiven Entwicklung dem Leben bietet (§ 4 a. A. und lit. A), verstand er einfach nicht, weil sie das moderne Strafrecht nicht mehr forderte. Civilurtheile fanden ebendeshalb nur dann seinen Beifall, wenn sie formal glatt und gewandt plaidierten und eine geistreiche Schönrednerei zeigten; die materiell richtige Entscheidung aber war nicht nur Nebensache, sondern das praktische Recht war ihm ja mit Savigny (§ 1, 4 II) staatsgefährlich: und Grund zur Maßregelung! Dem Recht Suchenden mußte da ein blendendes Feuerwerk vorgemacht werden, das gesetzliche römische Recht aufrecht erhalten, das Recht aber nie um seiner selbst willen geachtet werden; denn es durfte ja, wie das einer historischen Schule, primär nur Polizeizwecken dienen! — Abnorm war wieder hier aber doch sein Eintreten für Reformen des Strafrechts; z. B. für das Schwurgericht! Im Strafrechte also durfte so reformiert werden; da war nichts staatsgefährlich: Die Beseitigung der unpositiven Antiquitäten des römischen Civilrechts, die aber waren es nach Savigny's Doktrin, welche den Staat gefährdeten! — — Das zur Erklärung der abnormen Erscheinung: eines Praktikers, welcher gegen das praktische Recht und die Präjudizien unserer höchsten Gerichtshöfe, gegen das eigene Fleisch und Blut der Praxis im Civilrechte wüthete!

Besehen wir uns nun aber auch auf der anderen Seite die „staatsgefährlichen" Civilrichter, welche wegen ihrer angeblichen Gefährlichkeit von dem Rasen des Unfehlbaren zunächst betroffen und gemaßregelt wurden! — Das Civilrecht ist diejenige Partie unseres heutigen Rechts, welche noch jetzt der wärmsten Pflege bedarf! Die großen Reformen des materiellen Strafrechts des Mittelalters und der Carolina sind in ihren wesentlichsten Zügen seit Feuerbach, die Reformen des Straf- und Civilprozesses, die Einführung der Oeffentlichkeit, Mündlichkeit ꝛc. in ihren Haupterfordernissen durch die Gesetzgebungen seit 1848 für uns erreicht. Unser Civilrecht dagegen allein steht, infolge der Einwirkung der historisch-romantischen Schule eines Savigny, materiell im Wesentlichen noch auf der magisterhaft doktrinären Stufe einer mittelalterlichen Glosse! Aus ihr wird sich dasselbe auch selbst durch unsere nationale Civilgesetzgebung allein, an deren Vorbereitung doch eine praktische Rechtswissenschaft so fanatisch gehindert wurde (§ 9 Z. 1), ohne praktische Wissenschaft noch kaum genügend herauswinden können. Was Wunder, daß sich opferbereite Juristen, Praktiker, welche diese Mißstände des Lebens mehr durchfühlten, im Interesse der Sache unseres nationalen Rechts auch diesem Rechte mit Vorliebe zuwendeten? Das, diese Hingebung, eben war das Verbrechen, welches der Unfehlbare, unbehindert von allen Seiten, mit grausamer Energie als staatsgefährlich maßregelte! — An sich war ja diese Hingebung an die Sache des Rechts schon opferreich genug! Diese Vorliebe für das schwierigere, deshalb interessantere Civilrecht bewirkte, daß sich eine Zeit lang nicht mehr eine genügende Anzahl von Praktikern zur Staatsanwaltschaft meldete. Niemand wollte sich eben in diesem schwierigeren Civilrechte „verliegen" (§ 1, 3 S. 65). Die Regierung mußte so für die Meldung zum einfacheren Strafrechte oder zur Staatsanwaltschaft Prämien aussetzen; höheren Gehalt, wie höheren Rang. Der, so erreichbare Vorsprung der Staatsanwälte vor den Civilrichtern konnte schon bisher bis zu acht Dienstesjahren betragen! Auch jetzt aber gibt es trotzdem merkwürdiger Weise noch immer solche Richter, welche aus Vorliebe für die Sache des Rechts in zulässiger, legaler Weise lieber auf Carrière und diese materiellen Vorzüge verzichten, um in diesem Rechte nützen zu können. Die Strafe dieser Vorliebe nun übertrieb

Digitized by Google

der, von einer historischen Schule beeinflußte unfehlbare Polizeimann! Er will, soweit er kann, mit Anwendung ungesetzlicher Mittel alle bloßen Civilrichter von den höheren Instanzen ganz ausschließen und den Richterstand so im Sinne seiner Polizeijustiz, der Gerichtsverfassung zuwider, in einer Weise umformen, welche die Unabhängigkeit der Rechtspflege gefährdete. — Die jetzige Staatsanwaltschaft aber ist wohl nimmermehr so einseitig herangebildet, wie er selbst! Der jetzt fortwährend festgehaltene Wechsel zwischen Staatsanwaltschaft und Richtern, welchem die frühere Staatsanwaltschaft und speciell der hochbetagte Unfehlbare noch nicht unterlag, bewirkt, daß auch Staatsanwälte die Nothwendigkeit eines „praktischen" Civilrechts an Stelle eines blos doktrinären historisch-romantischen Rechts Savigny's ersehen. Wir haben seitdem längst glänzende Beispiele vor uns, daß frühere Staatsanwälte auch im praktischen Civilrechte ganz Ausgezeichnetes leisteten, ja, daß dieselben, abgesehen vielleicht von wenigen, durch den Abnormen, rasch Gehobenen, selbst gegenüber dem abnormen Unfehlbaren hohe Gerechtigkeit und Maßhalten bewährten! Einheit fordert der Beruf von Staatsanwälten und Richtern, welche beide zusammengreifend dem Rechte und Staate zu dienen und zu nützen berufen sind. Beide sind unentbehrlich! Verständnis der, zum Theil verschiedenen Grundgesetze des beiderseitigen Straf- und Civilrechts (§ 3 III) wird diese gegenseitige Einheit erhalten können. Diese heutige Staatsanwaltschaft also stimmt der hochbejahrte Unfehlbare kaum mehr zum Hasse gegen das lebende, praktisch positive Recht um! In dieser Beziehung ist der, im Strafrechte ꝛc. einseitig inveterierte Unfehlbare jetzt wohl, selbst auch bereits als Staatsanwalt, abnorm! Zweitens ist der Staatsanwalt des späteren Rechtsstaats nicht mehr der, des früheren, französisierenden Polizeistaates der Restaurationsperioden, dessen Creatur der Unfehlbare noch jetzt ist; er billigt nimmermehr den Bruch der Gerichtsverfassung, welchen der Unfehlbare ungeniert begeht; auch er achtet die Rechtsentwicklung des lebenden praktischen Rechts innerhalb fester, positiver Grenzen in ehrenwerthester Weise: im Staatsrechte wie im Präjudize, ohne wieder zum Rechte der gesammten „Vergangenheit" einer historischen Schule zurückkehren zu wollen, welches consequent im Staatsrechte zum Absolutismus, im Strafrechte zur Carolina und im Civilrechte zum römischen Rechte und den Antiquitäten der historischen Schule zurückkehren müßte, durch welches gleichmäßig heutzutage Staat wie Recht zerrüttet würde! Der Verf. persönlich hat noch keinen Staatsanwalt gehört, welcher die, jetzt noch näher zu schildernden Gewaltakte des Unfehlbaren gebilligt hätte. Im Gegentheile gehen Gerüchte über Klagen, wie der Unfehlbare zuvor auch schon seine eignen untergebenen Staatsanwälte dienstlich ganz ebenso, grundlos quälend, behandelte, wie später untergebene Richter. Und gemeinsame Ueberzeugung scheint zu sein, daß die Kluft möglichst wieder geschlossen werde, welche das Unrecht und Rasen des Abnormen doch so fanatisch allgemein aufzureißen drohte! — Dieses Vorgehen nun eben einer Romantik und eines Fanatismus, welches eine historische Rechtsanschauung innerhalb der Praxis erzeugte, ist ein so ungeheuerliches und unglaubliches, daß wir wohl auch dessen Möglichkeit wie die Art der Ausführung im Einzelnen zur Aufklärung werden darlegen müssen. Wir werden versuchen müssen, für diejenigen, welche der Erscheinung näher auf den Grund kommen wollen, zuerst den materiellen, dann den formalen Charakter, dann die Art der Durchführung zu schildern, um die Leistungen einer historischen fanatischen Schule auch in der Praxis zu ersehen! —

Einzelheiten. — 1. Schon materiell verfälscht der unfehlbare Vorstand das positive, praktische Recht der obersten Gerichtshöfe. Materiell nämlich liegt in den Anschauungen des Unfehlbaren ein ungemein interessantes Zusammengreifen der, zum Theil ganz andern Grundsätze des Strafrechts, in welche er inveteriert, und der, von Universität mitgebrachten Grundsätze der historischen Schule vor, durch welche er verlegen ward, weil er keine genügende Gelegenheit hatte, sie durch das richtigere Recht einer fortwährenden Civilrechtspraxis abzustreifen und so über das reine römische Recht seiner Studienzeit hinauszukommen! Diese Verschiedenheit des Straf- und Civilrechts im Allgemeinen haben wir bereits oben berührt (§ 3 III). — Zweifellos nun ist ja, daß auch einseitige Civilisten eine Strafrechtspraxis irreführen und verderben können. Hier aber wurde auch eine

Digitized by Google

Civilrechtspraxis umgekehrt von einem Strafrechtspraktiker recht gröblich verfahren! — Zunächst ging der Unfehlbare von dem Strafrechtsgrundsatze: nulla poena oder doch hier: nulla actio sine lege aus. Dieser gehört bekanntlich ausschließlich dem modernen Strafrechte! Ihn übertrug aber der Unfehlbare auf das, vermeintlich römische „Gesetz" des gemeinen Civilrechts! Diese letztere Anschauung aber gehört wieder nur der historischen Schule, nicht dem praktischen Rechte an! Die Forschungen der Neuzeit also, daß das römische Recht in Deutschland niemals wirkliches Gesetz war, scheinen an dem Unfehlbaren so bis 1891, wie dereinst an der älteren historischen Schule, spurlos vorübergegangen zu sein! Dabei bedachte er gar nicht, daß er mit demselben Strafrechtsgrundsatze: keine Klage ohne Gesetz, auch nicht einmal die alltäglichsten, zweifellosesten Klagen des praktischen Rechts, welche nicht dem römischen Rechte entstammen: keine einzige der zahllosen Paternitäts-, Alimentationsklagen bei außerehelichen Kindern, keine Defloration sklagen, keine Reallasten, Erbverträge und sonstige Klagen des § 2 I 2 hätte zulassen dürfen! Solche ältere Neubildungen des Lebens des Rechts zwar ließ er ungeniert zu; bei neuerkannten aber, wenn auch gesetzlich gebilligten, z. B. beim Besitzrechte des bloßen Detentor, bei der modernen, nicht eingetragenen Genossenschaft des Reichsgerichts, da war dem Doktrinäre der Staat in Gefahr! Solche sich widersprechende Consequenzen genierten aber den Unfehlbaren nicht. — Auf diese Weise verstand er auch nicht die Anwendung eines Gewohnheitsrechts, ganz wie Savigny's System. — Ferner wollte er, wie im Strafrechte, keine Analogie zulassen; (derselbe umgekehrte Fehler also, welcher den Civilisten in der Strafrechtspraxis vorgeworfen wird, daß nämlich diese dort Analogie anwenden!) Ein Schmerzengeld also hätte er so im Civilrechte beispielsweise consequent nur in dem einen Falle eines unberechtigten Folterns des Richters der Carolina art. 20 und 21 zulassen dürfen, generell niemals! — So war seine Civilrechtsprechung ein Gemische von Anschauungen des Strafrechts und der historischen Schule des Civilrechts. Eine Abstraktion von Principien aus der Casuistik des Civilrechts, diese Sprache der Analogie und „Construktion" vor allem des heutigen gemeinen Civilrechts (§ 5), war dem Unfehlbaren ein, bisher im Criminalrechte und Verordnungswesen nie geübtes Ding: Er wußte so auch nicht, warum wir in ähnlicher Weise in der That berechtigt sind, noch in andern Fällen generelle, analoge Klagen anzuwenden, z. B. sobald auch nur ein einzelner Fall eines Gesetzes, im Lehens-, canonischen oder Reichsrechte dem Besitze des Detentor, oder sobald nur ein einzelner gesetzlicher Fall oder ein Fall eines Gewohnheitsrechtes der modernen Genossenschaft ꝛc. ein Recht und damit eine Klage gewährt (§ 5 III 2 a β)! Auch hier verblieb derselbe, namentlich bei seinen Principien eines, dies ausschließenden Straf- und Polizeiverordnungsrechtes, stehen. Mit einem Worte: Er ist so vielleicht materiell ein ausgezeichneter „Criminalist, Polizei- und Verordnungsmann", niemals aber Civilist! Wie schade doch, daß eben derselbe nicht ebenso, wie in einem theilweise antiquierten römischen Civilrechte, auch noch eine Zeit lang in der Praxis des, in Deutschland doch noch vor wenigen Jahrzehnten bis zum R.-Straf-G.-B. gemeinrechtlich geltenden, vielfach gleichfalls antiquierten „Strafrechts" einer Carolina thätig war! Hätte er denn auch da noch, nach der wirklichen „Gesetzesvorschrift" einer Carolina: gefoltert, Hexen und Zauberer verbrannt? Da hätte wohl auch er das Pulsieren eines Lebens des Rechts, seine Bewegungen und Selbstentwicklung auf Grund der Rechtsquelle des Gewohnheitsrechtes sowie die Nothwendigkeit einer Construktion — auch mittels anderer Rechtsquellen, als des Gesetzes, — selbst im Strafrechte — vernehmlicher wahrgenommen! Der Praxis des Civilrechts dagegen und ihrem fortschreitenden Leben gegenüber war er „verlegen" und, — bei dem Mangel einer gesetzlichen Aufzeichnung des praktischen Gewohnheitsrechts nach Art des § 2 I 2, — so auf das angewiesen, was er seinerzeit durch eine historische Doktrin auf Universität und aus deren Lehrbüchern erlernt: Diese Universitätszeit aber war leider eben: genau die Blüthezeit einer alternden historischen Schule: des rein römischen Rechts! Trotzdem schien er jetzt noch zu vermeinen, dessen Apostel zu sein und so allein noch das staatsgefährliche praktische Civilrecht ausrotten zu können; auch das des Reichsgerichts und der zweifellos revolutionären, früheren obersten Gerichtshöfe!!

Digitized by Google

[illegible]

Savigny's Zeitschrift oder System, oder aber ein lebendes Recht aus Seuffert's Archiv oder Reichsgerichtsentscheidungen bieten; er kann also den Unfehlbaren, wenn er will, sowohl im Einzelnen als im Principe dennoch widerlegen, auch wenn dieser, allzu schlau, sein Princip verstecken und nur seine Consequenz aus dem Busche herausragen lassen sollte. Damit also entgehen wir doch und laufen wir einem principiellen Tadel nimmermehr davon! — — Deshalb sind seine materiellen Gründe wohl unzureichend: ernst wie humorvoll!

2. Formell fälscht der Unfehlbare die Rechtspflege direkt! — Formell ist dieser Typus innerhalb einer Civilrechtsprechung und als Richter auch jetzt noch in unzulässiger Weise Administrativbeamter: Wie früher als Justizverwaltungsmann, wie früher bei dem Plädieren von untergebenen Staatsanwälten, so fordert der Unfehlbare auch jetzt noch Gehorsam: und zwar jetzt von beisitzenden „Richtern" „Gehorsam im Votieren": natürlich gegenüber seinem eigenen unfehlbaren Votum! (Dieses sein Votum aber wurde soeben unter 1 erwähnt; es lautete: „Gesetzliche" Geltung des antiken römischen Rechtes; ähnliche Anwendung desselben, wie ein modernes Strafgesetzbuch: nach dem Satze nulla actio sine lege; keine Analogie des Gegebenen und Nichtbeachtung des Gewohnheitsrechtes)! In diesem Votum nun vermag sich der Unfehlbare unmöglich mehr sofort, wie ein angehender Praktikant, eines Besseren zu belehren: Obgleich doch auch er, von dem reinen römischen Rechte der Pandekten der historischen Schule zur Zeit seiner ersten Ausbildung auf der Universität vor mehr als 50 Jahren weg, erst jetzt fast neu in die Praxis eines Civilrichtercollegiums eintrat; obgleich ihm, dem in der Civilrechtspraxis „Verlegenen", jetzt trotz seines penetranten Verstandes und ausgezeichneter Anlagen zu Polizeimaßregelungen, an praktischer Erfahrung des stillschweigend und concludent geübten lebenden, praktischen „Civilrechts" speciell, nothwendig der jüngste Richter seines eigenen Collegiums überlegen sein und die Unmöglichkeit seines Beginnens ersehen mußte: Obgleich so im Grunde der unfehlbare Verlegene geradezu das unwiderlegbare, weil gefürchtete, eine Widerlegung nicht zulassende, enfant terrible seines eigenen Collegiums werden mußte, gegen dessen unfehlbare Anschauungen schwere Gewissens-Kämpfe oder Pflichtverletzungen nicht zu vermeiden waren. Ganz abgesehen davon, daß die Praxis bisher ihre Principien nicht klar gekannt, mittels deren er hätte belehrt werden können: an einer Belehrung — jetzt noch — hätte ihn ja die Würde als „Vorstand", hätte ihn seine abnorme Unfehlbarkeit gehindert! Zudem war er, wenigstens äußerlich, auch wirklich an den Gerichten kein Neuling; sondern sehr gereifter Praktiker! Wie gerne fügte man sich dereinst gerade seinen Strafrechts- und Polizeianschauungen: oben wie unten, und zum Theil mit Grund! Eben diese Praxis im Straf- und Verordnungsrechte aber hatte ihn ja auch rasch zu Ehren und hohen Würden emporgehoben: — Diese so erprobten Grundsätze nun sollte er jetzt auf einmal aufgeben? Er sollte jetzt umgekehrt jedem Untergebenen weichen, welcher sonst seinem Winke lauschte? — Unmöglich! Nicht er konnte der Praxis des Civilrechts, die Praxis mußte doch ihm, dem Vorstande, weichen! — — Er begriff da nicht mehr: daß er plötzlich nicht begriff! So glich er jetzt etwa bis 1891 dem bekannten alten Amtmanne, welcher seiner eigenen abnormen Anschauung und vor allem sich selbst die erste, den Nebenbeamten des eigenen Gerichts „aus Anstandsgründen" noch die zweite, Untergebenen aber der Untergerichte, welche dem Präjudize gehorchen, doch nothwendig die dritte Note der Unfähigkeit verlieh. Er erhebt sich, um zu zeigen, wie hoch er erhaben ist! — — So erklärt sich auch die Wechselwirkung, warum er insolange, bis 1891, im Erfolge von Untergerichten seines Senates nur frühere Staatsanwälte zur höheren Instanz zulassen wollte, keinen einzigen Richter, welcher Beförderung suchte. Er mußte doch wohl glauben, daß frühere Staatsanwälte allein, gleich ihm selbst, das Civilrecht (criminell) zu behandeln verstehen, daß sie allein seine höheren Staats- und Polizeizwecke erfassen, Recht und Staat durch stagnierendes Recht zu ersticken: angeblich zu „retten". — Der gemeinsame Grundzug seiner Maßregeln war jetzt formell ebendeshalb: Vergewaltigung und List eines Polizeikünstlers! In seinen Verwandlungen, welche er so jetzt eben mit seiner Person vornimmt, um seine Zwecke zu erreichen, glich er dem vielgestaltigen Seegreise Proteus unseres

Digitized by Google

In einem Punkte nun freilich hat ja unser Unfehlbarer materiell immerhin auch jetzt noch so sehr Recht! Darin nämlich, daß sowohl unsere bisherige Praxis in ihrem Präjudize, als unser bisheriges deutsches Privatrecht ungenau ist. Darin stimmt der Verf. mit ihm vollkommen überein! Sie beide nennen vielfach, ja regelmäßig den Grund, die Rechtsquelle nicht exakt, welche ihre Abweichungen selbst von einem Gesetze allein rechtfertigt. Die Rechtsdarstellung unserer Praxis, die eines Bluntschli und sonstigen deutschen Privatrechts muthet so den, nicht näher forschenden Juristen hie und da an, als ob beide selbst Gesetzgeber wären! Das ist ja wohl auch der Grund, warum die ältere historische Schule unsere Praxis der Willkür zieh (§ 5, § 2 Z. I, 1), und warum auch diese vorliegenden, bescheidenen Untersuchungen des Verf. die nähere positive Begründung unseres praktischen Rechts endlich versuchen wollen. Denn die Praxis wie Doktrin der Gegenwart kennt ja leider noch jetzt die, nur stillschweigend und concludent, von ihnen beiden heutzutage geübten Principien des praktischen Civilrechts nicht theoretisch und klarbewußt so, daß wir auch andere, eine mit der Praxis unvertraute Theorie, einen in der Praxis verlegenen Richter ohne eine eigene Praxis, von diesen letzteren theoretisch überzeugen könnten! Zudem ist der jedesmalige Nachweis der „Rechtsquelle" nicht immer sofort, wie schon gesagt, bei jedem Präjudize wie in jeder casuistischen Lehre eines deutschen Privatrechts in der That möglich. Denn dies würde nicht selten, z. B. bei einer Genossenschaft, eine rechtsgeschichtliche Monographie voraussetzen, welche die Ausbildung und Uebung eines bestimmten Gewohnheitsrechts durch Jahrhunderte, vielleicht durch mehr als ein Jahrtausend nachweist! Dazu würde es beiden, Doktrin wie Praxis, nicht selten an Zeit, Möglichkeit und Raum fehlen! Aber der einsichtige Civilist weiß ja nichtsdestoweniger, daß mit der Gewährung einer gewohnheitsrechtlichen Paternitäts-, Defiorations-, deutschrechtlichen Servituten-, Reallasten-, Genossenschaftsklage doch nimmermehr grundlos gegen ein Gesetz verstoßen, sondern daß — exakter gesagt, — damit nur ein „Zeugnis" für ein vorliegendes Gewohnheitsrecht gegeben werden wollte, und daß dies Achten des Gewohnheitsrechtes den Rechtsfall „genauer" entscheidet, als die bequeme, aber unzutreffende Berufung auf ein blos vermeintliches, längst hierin antiquiertes Gesetz, welches hier zudem nur grundlos wohlerworbene Rechte entzieht und den Rechtsuchenden schädigen würde (§ 4 A). — Gerade darin ferner gleicht der Unfehlbare dem verständnislosen Praktiker aus der Zeit der Panik unseres Jahrhunderts wie einer tiefsten Erniederigung unserer Praxis (§ 3 C), daß er selbst in der, den unmittelbaren Dienst gar nicht berührenden, neben praktischen Mehrleistungen gepflegten Litteratur nicht das Zurückführen des praktischen Rechts auf seine letzten, dem Menschen dargebotenen principiellen Rechtsgründe, auf seine Rechtsquellen, abgesehen von römischem Rechte, dulden will, und den Praktiker, welcher dies nach festzustellenden Principien versucht, wegen „Theorie", wegen Suchens nach „Spitzen" nach oben denunciert, als ob ein Verbrechen vorläge, ja daß er ihn bei dem Nichtwirken dieser Denunciation eventuell mittels tausenderlei Polizeimitteln an seinem Fortkommen dennoch dauernd schädigt! So wird von ihm dies nämliche Unverständnis, dieselbe geistige Unmündigkeit der Praxis erst recht zum Polizeidogma erhoben, welche Ihering so treffend geißelt (S. 168). Der Unfehlbare gleicht da in der That dem dereinstigen Hasse des süddeutschen Militärs vor 1866 gegen Theorie, welches den als Sonderling zur praktischen Führung ungeeignet qualificierte, welcher sich litterarisch mit Militärwissenschaft beschäftigte: bis seit dem Jahre 1866 der Werth einer solchen Theorie, wenigstens eines Moltke, sich durch argumentum ad hominem doch auf dem Rücken so manchen „allzu praktischen" Generals ausprägte! Seine Motivierung, daß man unseren Anwälten wie unserer Doktrin nicht selbst das Princip verrathen und die Mittel an die Hand geben dürfe, damit man doch ja uns armen, unmündigen Praktikern, diesen infantes, qui (theoretisch = mit Gründen) fari non possunt, nicht auch noch theoretisch auf die Finger klopfe!! — — gleicht auch sie nicht der Schläue des Vogels Strauß? Steckt er denn damit nicht, gleich diesem, den Kopf in die Büsche, oder laufen wir da nicht auch noch, wie der Strauß, mit geschlossenen Augen davon, um: nicht erkannt zu werden?! Jeder verständige Anwalt und Professor aber weiß ja doch ganz genau, ob wir ihm eine Antiquität aus dem Rechte der Vergangenheit in

Digitized by Google

Savigny's Zeitschrift oder System, oder aber ein lebendes Recht aus Seuffert's Archiv oder Reichsgerichtsentscheidungen bieten; er kann also den Unfehlbaren, wenn er will, sowohl im Einzelnen als im Principe dennoch widerlegen, auch wenn dieser, allzu schlau, sein Princip verstecken und nur seine Consequenz aus dem Busche herausragen lassen sollte. Damit also entgehen wir doch und laufen wir einem principiellen Tadel nimmermehr davon! — — Deshalb sind seine materiellen Gründe wohl unzureichend: ernst wie humorvoll!

2. Formell fälscht der Unfehlbare die Rechtspflege direkt! — Formell ist dieser Typus innerhalb einer Civilrechtsprechung und als Richter auch jetzt noch in unzulässiger Weise Administrativbeamter: Wie früher als Justizverwaltungsmann, wie früher bei dem Plädieren von untergebenen Staatsanwälten, so fordert der Unfehlbare auch jetzt noch Gehorsam: und zwar jetzt von beisitzenden „Richtern" „Gehorsam im Votieren": natürlich gegenüber seinem eigenen unfehlbaren Votum! (Dieses sein Votum aber wurde soeben unter 1 erwähnt; es lautete: „Gesetzliche" Geltung des antiken römischen Rechtes; ähnliche Anwendung desselben, wie ein modernes Strafgesetzbuch: nach dem Satze nulla actio sine lege; keine Analogie des Gegebenen und Nichtbeachtung des Gewohnheitsrechtes)! In diesem Votum nun vermag sich der Unfehlbare unmöglich mehr sofort, wie ein angehender Praktikant, eines Besseren zu belehren: Obgleich doch auch er, von dem reinen römischen Rechte der Pandekten der historischen Schule zur Zeit seiner ersten Ausbildung auf der Universität vor mehr als 50 Jahren weg, erst jetzt fast neu in die Praxis eines Civilrichtercollegiums eintrat; obgleich ihm, dem in der Civilrechtspraxis „Verlegenen", jetzt trotz seines penetranten Verstandes und ausgezeichneter Anlagen zu Polizeimaßregelungen, an praktischer Erfahrung des stillschweigend und concludent geübten lebenden, praktischen „Civilrechts" speciell, nothwendig der jüngste Richter seines eigenen Collegiums überlegen sein und die Unmöglichkeit seines Beginnens ersehen mußte: Obgleich so im Grunde der unfehlbare Verlegene geradezu das unwiderlegbare, weil gefürchtete, eine Widerlegung nicht zulassende, enfant terrible seines eigenen Collegiums werden mußte, gegen dessen unfehlbare Anschauungen schwere Gewissens-Kämpfe oder Pflichtverletzungen nicht zu vermeiden waren. Ganz abgesehen davon, daß die Praxis bisher ihre Principien nicht klar gekannt, mittels deren er hätte belehrt werden können: an einer Belehrung — jetzt noch — hätte ihn ja die Würde als „Vorstand", hätte ihn seine abnorme Unfehlbarkeit gehindert! Zudem war er, wenigstens äußerlich, auch wirklich an den Gerichten kein Neuling; sondern sehr gereifter Praktiker! Wie gerne fügte man sich dereinst gerade seinen Strafrechts- und Polizeianschauungen: oben wie unten, und zum Theil mit Grund! Eben diese Praxis im Straf- und Verordnungsrechte aber hatte ihn ja auch rasch zu Ehren und hohen Würden emporgehoben: — Diese so erprobten Grundsätze nun sollte er jetzt auf einmal aufgeben? Er sollte jetzt umgekehrt jedem Untergebenen weichen, welcher sonst seinem Winke lauschte? — Unmöglich! Nicht er konnte der Praxis des Civilrechts, die Praxis mußte doch ihm, dem Vorstande, weichen! — — Er begriff da nicht mehr: daß er plötzlich nicht begriff! So glich er jetzt etwa bis 1891 dem bekannten alten Amtmanne, welcher seiner eigenen abnormen Anschauung und vor allem sich selbst die erste, den Nebenbeamten des eigenen Gerichts „aus Anstandsgründen" noch die zweite, Untergebenen aber der Untergerichte, welche dem Präjudize gehorchen, doch nothwendig die dritte Note der Unfähigkeit verlieh. Er erhebt sich, um zu zeigen, wie hoch er erhaben ist! — — So erklärt sich auch die Wechselwirkung, warum er insolange, bis 1891, im Erfolge von Untergerichten seines Senates nur frühere Staatsanwälte zur höheren Instanz zulassen wollte, keinen einzigen Richter, welcher Beförderung suchte. Er mußte doch wohl glauben, daß frühere Staatsanwälte allein, gleich ihm selbst, das Civilrecht (criminell) zu behandeln verstehen, daß sie allein seine höheren Staats- und Polizeizwecke erfassen, Recht und Staat durch stagnierendes Recht zu ersticken: angeblich zu „retten". — Der gemeinsame Grundzug seiner Maßregeln war jetzt formell ebendeshalb: Vergewaltigung und List eines Polizeikünstlers! In seinen Verwandlungen, welche er so jetzt eben mit seiner Person vornimmt, um seine Zwecke zu erreichen, glich er dem vielgestaltigen Seegreise Proteus unseres

Digitized by Google

göttlichen Homer! Tausendfältig sind die Polizei-Mittel selbst in der Gerichtspraxis! Suchen wir von denselben jetzt auch Proben kennen zu lernen!

3. Die Ausführung der fanatischen Pläne dieser historischen Polizeijustiz und seiner Fälschungen: Dieselben betrafen bald die Abstimmung, bald die Qualifikation der Richter! — Die Art der Ausführung ist freilich eine geradezu unglaubliche, öffentlichen Anstoß erregende. Diese Zeilen wissen kaum, ob sie allerorts Glauben finden werden, wenn sie manche solche einzelne objektive Wahrheiten in photographischer Treue schildern: Denn diese Polizeikünste des ehemaligen Justiz-Administrativbeamten übertrafen bis 1891 an Unverfrorenheit wohl geradezu alles, auch das, was der in § 3 geschilderte Parteifanatismus unserer historischen „Doktrin" zu leisten vermochte! Sie zeigen zudem, wenn ihnen volle Zurechnung zu Grunde liegt, eine Summe von unglaublicher Pflichtwidrigkeit ihres Urhebers!! — Es sind dies Fragen wissenschaftlicher Natur, abgesehen von der Person! Wir sind berechtigt, uns aus solchen Gründen auch beschwerend an eine höchste Leitung zu wenden. Sieht sich aber auch diese rathlos oder außer Stand, abzuhelfen, dann sind wir berechtigt und unserer Rechtspflege verpflichtet, auf die öffentliche Ueberzeugung zu wirken und vor der Oeffentlichkeit die Gründe und auf deren Grundlage von neuem die juristische Ueberlegung anzuregen, ob denn diese Vergewaltigung einer allein correkten, praktischen Rechtsprechung, diese Corrumpierung der Rechtspflege wie der öffentlichen Moral, nicht Maßnahmen zu Gunsten der Unabhängigkeit der Gerichte, des Rechts, der Menschlichkeit und Humanität fordere: Darf so ein so mißleiteter Utilismus, ein Polizeiwahn, auch noch über dem Rechte, über der Verfassung, über dem Wohl und dem Bestande der Rechtspflege triumphieren? Diese Beschwerde mußte ebendeshalb auch, wie in diesen Untersuchungen geschehen, zugleich gewissermassen encyklopädisch den ganzen Umkreis des Wollens, die Berechtigung unseres praktischen Civilrechts und anderseits der, dasselbe bekämpfenden historischen Schule, der Lehrmeisterin des Unfehlbaren, von seinen untersten Grundlagen aus zeigen! — Nun zum Einzelnen auch dieser Ausführung! —

Die Abstimmung im urtheilenden Senate. — Verletzungen des, von diesem Polizeijustizmanne verlangten „Gehorsams im Votieren" bestraft derselbe: Hie und da mit einem offenen Angriffe gegen das „Richtervotum". Dieser führt wohl seltener zum Ziele. Seine mildeste Form ist daher die: einer heimlichen Vorberathung des Verlegenen mit einem Begünstigten, dessen Votum er unter allen Umständen gewiß zu sein glaubt. Zeigt dieser sich zu diesem Opfer des eigenen Intellektes nicht stets „befähigt", so wird er sofort durch einen weniger Gewissenhaften verdrängt. Diese Vorberathung von zweien hat aber dann für das ganze Collegium von fünf Richtern unbedingt entscheidend zu sein: die übrigen sind im Staffage! Hecuba! Mit dieser einen Stimme ausgerüstet, betritt der Unfehlbare alsdann das aburtheilende Collegium. Hier verfolgt er nun aber Abweichungen von seinem Votum nicht etwa blos als falsche „Ansicht" und wie Rechtsverletzungen, sondern geradezu wie persönliche „Beleidigungen", welche gerechte Retorsion erheischen! Der Unfehlbare ist ebendeshalb, als, durch richterliches Votieren Beleidigter, im Stande, retorsionsweise jeden Richter tief an der Ehre zu krönken, welcher pflichtgemäß und objektiv seine Ueberzeugung vertritt, vertreten muß. Dem Votum seines besten Arbeiters drohte er so buchstäblich selbst in unsläthigster Weise, nach Art eines bekannten Diktum des Kladderadatsch: sibilo in totam artem. Er drohte ferner: — — mit Abführung der Votanten durch den Gerichtsboten!! — — Für diesen Ausbruch seiner historisch strammen Rechtsschule leistet er alsbald Abbitte. Es blieb dies nach oben officiell angeblich unbekannt, dann folgte für den Unfehlbaren noch immer weitere Beförderung, es regnete Orden: — Der Kampf gegen pflichttreue Richter aber, welcher so offen nicht rentiert, wird von dem Unfehlbaren nichtsdestoweniger, auf diese Weise von neuem bestärkt, heimlich, schleichend, verdeckt, unterminierend fortgeführt. Mit Erfolg? Niemand trat ihm in den Weg von unten bis oben. Derselbe treffliche Arbeiter, zuvor schon durch Mehrleistungen einer Erkrankung zugeführt, sah sich damals bald in einen andern Senat versetzt, erst recht überlastet; bis er zeitweise gebrochen das Collegium verläßt. — Jeder andere untergebene Richter wußte aber dann

Digitized by Google

wenigstens um jene Zeit in ähnlicher Weise, wessen er sich bei Wahrung seines „Votums" von dem Unfehlbaren zu versehen hatte, und daß er, solch verdeckender, schleichender Art gegenüber selbst machtlos, wie von oben ungeschützt dastehen mußte. Denn auch die höchste Leitung glaubt sich der Schutzmittel beraubt! Er setzt so dem gewissenhaft votierenden Richter moralisch die Pistole auf die Brust! Ein Druck, eine Panik lastete um jene Zeit auf dem Gerichte, wie auf den Untergerichten. Wer je für Verdienst Fortkommen suchte, wollte aus der drückenden Atmosphäre, diesem Richterelende flüchten! Einen Theil aber hielten vielleicht materielle Sorgen zurück; bei größerer Familie war so deren Existenz gefährdet. Einen andern Theil drohende Krankheit ꝛc. Aber auch selbst diese Flucht ward endlich von dem schleichenden, rechtgläubigen, an Rache unersättlichen Unfehlbaren zum Theil verhindert. — Dann — blieb den zurückbleibenden Richtern der verschiedenen Instanzen damals die Wahl — entweder: zwischen einer Befleckung ihres Gewissens, ihrer Richterehre und einer Entziehung wohlbegründeter Rechte des praktischen Civilrechts gegenüber Rechtsuchenden; — oder: zwischen Schädigung einer äußeren Berufsehre und Achtung und einer Verringerung ihrer Subsistenzmittel. — Nur dort vielleicht ein einzelner Streber drängt sich — auch noch mit einem gewissen Humor, welchen freilich Richterehre in solchen Dingen schwer goutiert — an den Unfehlbaren heran; er selbst muß ja sonst fürchten, daß es auch um sein Fortkommen geschehen ist. Er aber „versteht" die Kunst, mit dem Unfehlbaren zu stimmen: das braucht ja seine ganze Wissenschaft zu sein. Diese allein rentiert enorm! Er darf jetzt auf Kenntnisse, Leistungen, Gewissen — wie auf Beschränktheit, wie auf Mangel an Gewandtheit ꝛc. ꝛc. — herabschauen. Dieser weiß den Unfehlbaren auch noch durch Zustimmen, Bewundern zu eignen Zwecken und Vortheilen zu mißbrauchen! Diese seine „Wissenschaft" wird auch hoch belohnt! Es ist dies eine Auszeichnung eines Strebers, welcher trotzdem den Unfehlbaren hinter seinem Rücken wegen seiner Extreme und seiner eitlen Unfehlbarkeit verlacht und in seinem Innern vielleicht verachtet. — Der Andere aber achtet Gewissen und Richterehre weit zu hoh! Er wird seiner Ueberzeugung nicht untreu: Ihm heuchelt jetzt neuerdings der Unfehlbare vielleicht außerordentliches Wohlwollen; selbst Bonhomie, Bescheidenheit: Er wird jetzt durch die falschen Vorspiegelungen des Unfehlbaren vielleicht um sein weiteres Fortkommen geradezu betrogen! Denn würde ihm der Unfehlbare die Wahrheit sagen, so könnte er sich vor Beschädigungen vielleicht durch Versetzung rechtzeitig doch retten! So wird er präteriert und schon dieser Umstand ist ein weiterer Grund gegen seine Diensttauglichkeit. Er wird zur Beförderung zu alt ꝛc. — Diese Polizeimaßregeln, wie gesagt, blieben auf die höhere Instanz keineswegs beschränkt! Auch schon vor den unteren Instanzen versucht der ruhelose Unfehlbare und Reformator der Praxis eine Propaganda für seine allein rechtgläubige Anschauung einer historischen Schule mit Gewalt zu inaugurieren: Obgleich doch dort niemand, weil der Unfehlbare sein Princip nie verrathen will, das Vorliegen einer solchen Abnormität ahnt, und niemand glaubte, ein Praktiker selbst wolle und könne sich gegen das praktische Recht der höchsten Gerichtshöfe, das Präjudiz, principiell wie gegen einen Unsinn und ein Verbrechen wenden! Wie gelegen aber. Dort fand der Unfehlbare eine Abnormität in verwandtem Sinne: — Ein, in der Folge thatsächlich einem Größenwahn und Selbstmorde zueilender, ungemein ehrgeiziger Direktor, gleich allein tonangebend und gewaltthätiger Art, steht dort auch noch vor der B förderung und beherrscht durch seine Gewaltthätigkeit seine Umgebung Auch dessen Unfehlbarkeitsüberzeugung war bereits weit vorgeschritten: Auch dieser erachtete es schon als eine „Beleidigung", sobald ein Votant — auch selbst nach dem späteren Dazwischentreten einer öffentlichen Strafsitzung noch mit neuen Zeugenvernehmungen und sonstiger Beweiserhebung!! — anders votierte. als der Unfehlbare dereinst in geheimer Sitzung, in welcher die Sache nur in einem Eröffnungsbeschlusse zur öffentlichen Strafsitzung verwiesen wurde!! — — Die daraufhin erfolgende öffentliche Verhandlung und Zeugenvernehmung mit ganz anderen Resultaten also sollte auch bei veränderter Sachlage eine Comödie werden: Justizmorde waren damals jeden Augenblick zu befürchten! Zudem war das geistige Leiden dieses weiteren Unfehlbaren schon so weit vorgeschritten, daß er, etwa vergleichbar einem dereinstigen geistesgestörten

Digitized by Google

Könige von Preußen, welcher nur noch auf das Commando eines Wachtmeisters hörte, einfachen, schmucklos vorgetragenen Gründen nicht mehr folgen wollte: er forderte einen Vortrag mit Pathos! Ein Jurist ohne Pathos war unfähig. — Das nun war der Mann, welchen der Unfehlbare der höheren Instanz ganz für seine Pläne zu gewinnen wußte. — Jener verstand diesen, wie gesagt, zwar nicht ganz: warum man doch manches Präjudiz nicht mehr anwenden durfte? Aber dieser wußte jenen u. a. zu bestimmen, jetzt auch auf ungerechteste Weise nach seinen Angaben Qualifikationen zu verschlechtern und vor allem zu bewirken, daß in Urtheilen der unteren Instanz die Gründe auf nur einen Entscheidungsgrund beschränkt wurden. Das war ja des Höheren lange verfolgtes Ziel: In den unteren Instanzen nämlich hatte man längst zuvor die oben vorhandene Lust, um jeden Preis zu ändern, geahnt. Man widerlegte also möglichst dort zuvor alle nur denkbaren Gegengründe in vorneherein, um eine künftige Aenderung schon möglichst in ihrer Haltlosigkeit zu zeigen. Das aber hatte bisher die Herzenswünsche des Unfehlbaren in der höheren Instanz ohne Verrathen seines Principes ungemein erschwert. Jetzt aber, bei einer Beschränkung auf einen Entscheidungsgrund, hatte er gewonnenes Spiel. Nach Vorberathungen mit einem hiezu „Geeigneten" adoptierte er irgend einen gleichgültigen anderen Grund: aus den Parteischriften der Gegenpartei ꝛc. ꝛc. und änderte derselbe, systematisch, — gleichviel ob die Aenderung einem Präjudize widerstritt. — Freilich hätte er ja auch sonst stets einen Tadel bereit gehabt! War das Urtheil auf mehrere Gründe basiert, so war es eben zu „weitschweifig"; wenn jetzt aber auf einen, dann war es jetzt erst recht „ungenau"! — In ähnlicher Weise ward auch plötzlich, von wem? auf einzelne frühere Staatsanwälte und jetzige Richter derselben unteren Instanz einzuwirken versucht; sie konnten ja durch jedesmaliges Chikanieren und Beseitigung der älteren Richter, welche an der Beförderung standen, ohne daß ihre Absicht gestört wurde, verdiente Vorleute „überflügeln", ohne daß sie selbst mehr zu wissen oder zu leisten brauchten: Eine Versuchung, welcher nur die eigene Ehrenhaftigkeit zu widerstehen vermochte! So ähnlich wirkten die, zum Theil fanatisch gewaltthätigen Einwirkungen schon, wie ein Ring, auf die Abstimmung der verschiedenen Instanzen!

Die Qualifikation nun der Richter im Präsidialsenate. — Nun könnte es den geneigten Leser auch noch vielleicht interessieren, doch auch zu erfahren: Wie wußte der, wenn auch mit der Kunst, seine Handlungen klug zu verdecken, so ungemein reich ausgestattete, frühere Justizverwaltungsbeamte vor allem seinem „Präsidium" gegenüber das, von ihm in der Praxis abnormer Weise vertretene Extrem ein Jahrzehnt lang zu verdecken, daß er so: einmal gegen das Präjudiz der obersten Gerichtshöfe und das praktische Recht anstrebte; und daß er zweitens nur Staatsanwälte zur höheren Instanz zuließ? Zwar verrieth der Schlaue auch hier niemals sein, ihn leitendes polizeilich-historisch-romantisches Princip; er schalt ja derartiges selbst als „Theorie", obgleich er es selbst befolgte! Aber bekanntlich schließt doch hier die Reichsgerichtsverfassung wenigstens eine Richterqualifikation durch den Vorstand allein aus; dieselbe vertraut die letztere nur einem Präsidialcollegium von mehreren Richtern an: Und diese übrigen Richter wissen ja doch auch, was im praktischen Rechte durch Präjudizien feststeht, was nicht, und daß es keine Sünde, im Gegentheil Recht ist, das praktische Präjudiz unserer höchsten Gerichtshöfe an Stelle von Antiquitäten des antiken römischen Rechts anzuwenden? Denn sonst müßte ja außer dem Unfehlbaren alle Welt, das höchste Reichsgericht und die früheren obersten Gerichtshöfe, die neueste Doktrin seit Windscheid, selbst zu der höheren Instanz des Unfehlbaren unfähig, er allein befähigt sein. Es müßte denn auch für den Unfehlbaren, nach Ihering, ein ganz eigner Begriffshimmel erbaut werden, wie für die ältere historische Schule unserer Doktrin (§ 3), in welchem, unter den Praktikern vielleicht allein: er sitzt? — — Aber er ist nur da, um „Polizeizwecken" zu dienen, und: die Vorschriften dieses deutschen Gerichtsverfassungsgesetzes werden eben von dem Unfehlbaren, geradezu fraudulose, einfach umgangen: durch folgende Proceduren.

Vorbereitungen zu diesen Präsidialberathungen. — Der Unfehlbare als Vorstand des höheren Gerichtshofs ernannte vor allem (schon dies ist wichtig)

Digitized by Google

zum „Referenten“ für die, seinem Senate unterstehenden Richter der Untergerichte: — sich selbst. — Mit einer unglaublichen, krankhaft nervösen Sorgfalt, welche in der That einer besseren Sache würdig gewesen wäre, sorgte aber der unfehlbare Vorstand ferner hier zuvor schon, bei der Austheilung von Berufungssachen, welche dereinst die Grundlagen zur Information der Qualifikation der Richter der unteren Instanz bilden, auch dafür, daß nie ein Präsidialmitglied Referent bei der Aburtheilung über Urtheile eines, an der Beförderung stehenden Richters, und daß hier so überhaupt der, zuvor aburtheilende Senat der höheren Instanz selbst nur aus Nichtpräsidialmitgliedern zusammengesetzt wurde. So kannte aber kein Präsidialmitglied praktische Arbeiten des zu Qualificierenden, vor der Beförderung Stehenden aus der letzten Zeit. Diese kannte damals der Unfehlbare im Präsidium allein! Schon dies verleiht der gewaltthätigen Art des Unfehlbaren gewonnenes Spiel! Wollte jetzt ein Mitglied im Präsidialcollegium gegen eine, noch so frivole Qualifikation Zweifel äußern, was wäre geschehen? Jetzt würde ihm der Unfehlbare, wohl im barschesten Tone, entgegengeherrscht haben: wie er da urtheilen könne? Ob er thatsächlich eine Arbeit des zu Qualificierenden kenne? Er aber habe sie gelesen. — Die Zeit der Beurtheilung ist kurz. Diese Urtheile wären zu umfangreich, um alle im Präsidium ablesen zu können. — Aber selbst wenn man dies wollte: Die Akten sind längst an die untere Instanz zurückgeschickt und so — nicht mehr vorhanden! — Sein Referat also schon ist allein maßgebend! Dem setzt aber jetzt erst recht eine ganz harmlos scheinende List die Krone auf; welche bewirkt, daß der Unfehlbare gar keiner Abstimmung bedarf!! — Er wußte ein Präsidialcollegium der besten, gerechtesten Richter zu einem Null zu gestalten! Wie? Ganz einfach so! Sein Präsidialcollegium besteht aus nur 4 Mitgliedern: 1 Präsidenten, 1 Senatspräsidenten des anderen aburtheilenden Senates, unter welchem der zu Qualificierende nicht steht, und 2 Collegialräthen. Mindestens eines dieser vier Mitglieder aber, nämlich mindestens dieser Senatspräsident, muß, wie gesagt, dem anderen aburtheilenden Senate angehören, welchem der Bezirk des zu Qualificierenden nicht unterstellt ist, so, daß also dieses Mitglied niemals Arbeiten des zu Qualificierenden gelesen hat. An dieses Mitglied des andern aburtheilenden Senates stellt nun vor 1891 der Unfehlbare vielleicht die folgende, scheinbar ganz harmlose Frage: ob ihm Arbeiten des zu Qualificierenden bekannt sind? Die Antwort lautet natürlich: nein! Oder auch ohne diese Frage bildete sich wohl thatsächlich eine Zeit lang durch den Einfluß des Unfehlbaren vielleicht die Uebung aus, daß Mitglieder des andern Senats harmlos erklärten, daß, sie, weil ihnen eben Arbeiten des zu Qualificierenden aus dem anderen Spruchsenat nicht bekannt seien, „dem Herrn Referenten“ beistimmen müssen! Was war da die Folge? Referent ist: der Vorstand und — Unfehlbare selbst! — Auf diese Weise hatte schon die eine Stimme des Unfehlbaren nothwendig immer die Majorität des Präsidialcollegiums für sich, ganz ohne jede Abstimmung: Denn mindestens eine Stimme aus dem andern Senate war ihm gewiß: Er, der Unfehlbare selbst und allein war — für die Untergebenen seines Senats — somit das ganze Präsidial-Collegium und seine Stimme so stets Präsidialbeschluß. Denn: mit dieser einen, in vorneherein sicheren Stimme aus dem andern aburtheilenden Senate, welche ihr Votum dem „H. Referenten überträgt“, entsteht in dem Präsidial-Senate von 4 Mitgliedern stets Stimmengleichheit, und bei Stimmengleichheit gibt bekanntlich die Stimme des Vorstandes nach allen Vorschriften des Reichsgerichtsverfassungsgesetzes von 1877 § 63, 121, 133 den Ausschlag: Kurz, die eine Stimme des Unfehlbaren als Vorstandes hat immer die Majorität! Das Präsidialcollegium der sonst pflichttreuesten, besten Richter: ist jetzt ein Null, ein Spielzeug in den Händen des Unfehlbaren. Es ist in vorneherein umgangen! Keine Laune, keine Excentricität des Unfehlbaren besteht jetzt mehr, für welche er nicht in vorneherein schon die Majorität hätte, und welche nicht in vorneherein zum Beschlusse erhoben wäre: Auch auf die, von ihm fraudulose verschwiegene Thatsache, daß die von ihm so scharf getadelten Anschauungen nur identisch sind mit Präjudizien des Reichsgerichts oder sonstiger früherer oberster Gerichtshöfe, darauf, daß sie trotzdem ein Grund einer Unfähigkeit eines Richters sein sollen, kommt es so gar



Digitized by Google

nicht mehr an! — Der fanatische Unfehlbare schaltet so ganz allein über das Schicksal pflichterfüllender Richter eines ganzen Kreises mit der Macht eines orientalischen Pascha. Ja derselbe vermag jetzt auch noch seinen eigenen Gewaltakten den Deckmantel umzuhängen, als ob dies gar nicht seine, sondern eine bewußte Anschauung anderer: eines ganzen Präsidialcollegiums sei! Und — an diese vermeintliche Unabhängigkeit, in Wirklichkeit aber eine Umgehung und Fälschung der Beschlüsse eines Richter-Collegiums, wagt jetzt auch eine höchste Stelle nicht mehr zu tasten! — So liegt zwar die „Form" eines Präsidialbeschlusses vor: und doch kein Präsidialbeschluß! Diese Fälschungen zudem des Unfehlbaren, daß, mit oberstrichterlichen Präjudizien identische Entscheidungen falsche Ansichten seien, sind bewußte. Denn in amtlichen Berichten oder Anzeigen Untergebener wurden ihm die Präjudizien allegiert, deren Inhalt er als Grund einer Unfähigkeit bezeichnet, ohne daß es ihm je einfiel, seine Anschauung zu modificieren! —

Die Art der Berichterstattung überdies des Unfehlbaren vor dem Präsidialcollegium muß ihm auch noch andere tausenderlei Mittel zur Hand geben, wenn er noch solche bedurft hätte! — Seiner Art muß es nicht blos entsprechen, die Identität der Entscheidungen mit oberstrichterlichen Präjudizien dem Collegium zu verschweigen, (sonst würde das Collegium dem Votum des Unfehlbaren kaum folgen,) und dieselbe etwa einfach als Unsinn zu bezeichnen: Sondern er bezeichnet vielleicht praktische Entscheidungen wenigstens als Willkür; alsdann hat er ja selbst die Autorität eines Savigny und der herrschenden Doktrin für sich (§ 5). Oder als ungenau; mit Recht, weil ja bisher die Praxis oder das deutsche Privatrecht bei Neubildungen von der Art des § 2 I 2, wie zu 1 soeben erwähnt, regelmäßig keine Rechtsquelle bezeichnet oder wegen Raummangels darlegen kann! Oder der Unfehlbare tadelt die Form der Arbeiten; die richtige Entscheidung, eine Allegierung eines entscheidenden Präjudizes ꝛc. ist ihm gleichgültig, ja selbst gegen seine Ueberzeugung; er verlangt aber Form, ein geistreiches Plädieren, wie von einem Staatsanwalte, Urtheile, welche sich angenehm lesen, obleich sie praktich falsch sein können! — Ein Hauptmittel endlich des Unfehlbaren ist, Bruchstücke, Worte aus dem Zusammenhange zu reißen und sie zu persiflieren oder zu travestieren, silbenstechend und wortglaubend! Schon die Lehrbücher unserer Gymnasien besagen ja, daß durch solche frivole Spielereien das Heiligste der Prosa und Dichtkunst in Staub und Koth herabgezerrt werden könne; warum nicht auch schlichte Urtheile? Versteht so der unfehlbare, in der Civilpraxis Verlegene den Rechtsgrund einer correkten Entscheidung nach Art des § 2 I 2 an sich schon nicht, und beginnt er auch noch silbenzustechen und zu travestieren, dann glaubt er selbst an die Unfehlbarkeit seines Votum und seiner historischen Schule! Kurz: Form und Tendenz wird ihm dann nur umsomehr das Wesen, die richtige Entscheidung dagegen Nebensache! — Und endlich der Unfehlbare reitet ja auch noch so ungemein stattlich „Steckenpferde": Einzelne casuistische Fragen von ganz untergeordneter Bedeutung, für welche aber „er" sich interessiert, Prozeß- namentlich Formfragen, werden so zu Haupt- und Staatsaktionen aufgepauscht. Trifft ein Untergebener in solchen Nebendingen mit dem Unfehlbaren zusammen, so ist er ein berühmter Mann. Wenn nicht, versinkt er in den tiefsten Abgrund, und ein Ueberblick über ein noch so verdientes sonstiges Gesammtwirken eines ganzen Lebens ist gleichgültig! — Es fehlt dem Unfehlbaren auch an einem Ueberblick über die Gesammtleistung! — So sehen wir auch noch: Wollte der Unfehlbare bei Qualifikationen motivieren, so kann seine Tendenz auch noch durch ähnliche weitere „Künste" jedes Urtheil zum Falle bringen. Wie eben zuvor gezeigt, bedarf aber der Unfehlbare der Abstimmung eines Präsidiums, geschweige eines Motivierens gar nicht. Sein Votum allein schon entscheidet!

4. Ein Nachspiel. — Auch nach dieser Erschleichung eines Präsidialbeschlusses aber noch war der gewandte unfehlbare Polizeimann um Verdeckungen noch niemals verlegen! Das bekannte Recept des alten Amtmanns, welcher zwei verschiedene Qualifikationen schreibt, eine falsche zum Selbstlesen irgend eines, um die Anerkennung von Verdiensten betrogenen Untergebenen, eine gegentheilige aber für die obere Behörde, wird von ihm auch in neuen Auflagen variiert. Er schreibt vor 1891 selbst seinem, an einem anderen Orte befindlichen Opfer die folgenden

Digitized by Google

liebenswürdigsten, rührendsten Briefe; wörtlich: Wie dessen Schärfe, Gründlichkeit, Logik das gewöhnliche Maß der Leistungsfähigkeit eines Richterbeamten im „Justizdienste“ bei weitem übersteige. So versichert er dies Opfer seiner „besten Meinung, seines großen Interesse, seiner besten Wünsche“! Es ist aber dieselbe Feder, dieselbe noch nicht eingetrocknete Tinte, mit welcher er jetzt durch einen Federzug das Fortkommen des Untergebenen wegen seiner Pflichterfüllung vernichtet! Erkundigt sich dann der Untergebene endlich bei dem Unfehlbaren persönlich, so leugnet derselbe, indem er ihm wieder die besten Versprechungen gibt, ganz unverfroren: si fecisti, nega! gleich einem Knaben. Dabei schiebt er alle Schuld — auch noch frivol — auf: die höchste Stelle! Er räth selbst auch noch in frivolster Weise, dorthin, zum Ministerium zu gehen: dort könne man helfen! Oben nach weiter Reise angelangt, erfährt das Opfer, daß er von seinem Vorstande auch da wieder betrogen ist. — Oder ein anderes Bild und Polizeimittel. Dem, welcher selbstlos im Interesse seines Berufes praktische Wissenschaft pflegt, schleudert der Unfehlbare auch noch die Verleumdung entgegen, daß er durch solche „Nebenarbeiten“! seinen Beruf vernachlässige, während er rein praktische Fragen erforscht. Er also muß fortwährend zugleich mehr arbeiten, als andere Praktiker, um diese Verleumdung zu widerlegen: Einen solchen, durch praktische Mehrleistungen sich auszeichnenden Richter bezeichnet er aber, während er spielend dreifache praktische Geschäftspensen übernimmt, hingebendes Verdienst in Nachtheil verkehrend, sofort als „überarbeitet“, um dadurch die unten begutachtete Beförderung hinauszuschieben. Bekanntlich aber bricht nichts mehr und sicherer die Kraft eines Mannes, als Kränkung seiner Berufsehre! Der Unfehlbare weiß also im voraus: tritt zum Danke für solche langjährige Mehrleistungen und trotz der fortwährenden auszeichnenden Beförderungsvorschläge der unteren Instanzen infolge seiner eigenen, wohl böswilligen Entstellungen jetzt auch noch immer wieder, buchstäblich bis zu zehnjährige, kränkende Zurücksetzung, seit 1879 etwa, hinzu, dann wankt und bricht ja sicher, und zwar erst infolge solcher Verletzungen, auch die beste, durch fortgesetzt nothwendige Mehrleistungen ohnehin mehr, als jede andere, angestrengte Arbeitskraft. Ein, jetzt dolose durch den Unfehlbaren selbst erst herbeigeführtes Siechthum muß auch da die nothwendige Folge sein, während seine Günstlinge niemals gleicher dolus schädigt. Dann aber entsteht neuer, sicherer Triumph für den Unfehlbaren! Triumphierend berichtet er vielleicht jetzt wieder nach oben: wie wahr er ja doch vorausgesagt: Der Untergebene selbst gebe jetzt seine Ueberarbeitung zu; denn er selbst bitte jetzt um Ruhestand für immer! — Der Unfehlbare selbstverständlich verschweigt wieder, daß nicht Ueberarbeitung solche Arbeitskräfte gebrochen, sondern schleichendes, dem Untergebenen durch ihn selbst zugefügtes Unrecht! — Eine neue gebrochene Existenz eines pflichttreuen Richters, ein neuer Märtyrer des Polizeiwahns und der Fälschungen des unfehlbaren Parteigängers einer historischen Schule ist so geschaffen. Dies das frivole Rasen eines allerdings abnormen Anhängers der historisch-romantischen Rechtsschule in der Praxis selbst bis 1891, welcher eben in einer Civilrechtspraxis verlegen ist!

5. Die Remedur. — Schon an sich können so erwirkte Präsidialbeschlüsse kaum rechtsbeständig sein! Zweifellos liegt ja hier zwar an sich die „Form“ von Präsidialbeschlüssen vor. Wohl selbstverständlich aber, das A-B-C jeder Rechtspflege ist, daß sie nicht als rechtsbeständig erachtet werden dürfen! Das analoge Civilrecht (Windscheid Pand. § 76—80), jeder Prozeß, selbst das Strafrecht zeigt ja, wie solche durch dolus, Erzeugung von Irrthümern, Zwang und Gewalt herbeigeführte Akte entweder rechtlich nicht beachtet werden dürfen oder unter Umständen wenigstens doch „Restitutionsgründe“ bilden! — Wohl liegt ein dolus, betrügliche Information, Entziehung der Information der votierenden Richter und Erregung von Irrthum vor, wenn die Information, wahr ausgesprochen, lauten mußte: Das Recht des Präjudizes befähigt nicht zur höheren Instanz! Wenn der Vorstand mit raffinierter Berechnung Präsidialmitglieder nicht in seinen aburtheilenden Senat gesetzt, in welchem die Urtheile an der Beförderung stehender, von ihm später gemaßregelter Richter der unteren Instanz vorkamen, welche früher nicht Staatsanwälte waren. Wenn der Vorstand solche, den oberrichterlichen Präjudizien entsprechende Urtheile der unteren Instanz grundlos persistierte und



Digitized by Google

travestierte; wie erwähnt so, wie man das Höchste und Edelste zur Posse herabzerren kann, ohne daß er deren Inhalt, deren Identität mit den oberstrichterlichen Präjudizien objektiv erwähnte! Dann ist es wohl listiger Zwang und Gewalt, daß der Vorstand den, der objektiven Information beraubten Präsidialbeisitzer zwingt, sein Votum, eben wegen durch ihn bewirkter mangelnder Information ihm, dem Referenten, abzutreten, so daß ihm, schon durch eine Stimme mehr, die Majorität für jede Laune zu Gebote stehen muß; daß er ferner den, gegen seine, des Vorstandes Anschauung Votierenden nicht blos persönlich beleidigt, sondern, wie erwähnt, mit Gewalt und Maßregelung, mit Schmälerung seiner Berufsehre und besseren Existenz bedroht! — Auf Seite des Gemaßregelten erscheint alsdann ein eingereichtes Gesuch um Prüfung solcher Qualifikationen geradezu als analoges Gesuch um „Wiederaufnahme eines, selbst durch rechtskräftiges Urtheil geschlossenen, Verfahrens" wegen ungerechter, fälschlicher Verurtheilung, d. i. disciplinärer Maßregelung von Richtern!

Aber auch eine öffentliche Correktur gegen den frevelhaften Vorstand muß doch denkbar erscheinen! Unsere Richter bedürfen Freiheit ihres Gewissens in materiellen Fragen! Eine Carolina schon straft Richter, welche unberechtigt foltern: Bietet das heutige Recht kein Mittel, um umgekehrt so gefolterte Richter zu retten, um gegen einen Vorstand von Richtern vorzugehen, welcher, wie gezeigt, selbst durch Betrug: Gewissen, Ehre und Existenzen von ganzen Collegien von Richtern systematisch auf eine Folter spannt: sei es aus Sport, sei es, um, in unfehlbarer Selbstüberhebung über die Erfahrungen der ihm selbst vorgesetzten höchsten Gerichtshöfe, praktisch unreife Ideen einer historisch-romantischen Doktrin mit Gewalt und Polizeimitteln durchzuführen? Bis 1891 wurden solche Mittel wohl nie in Anwendung gebracht! — Außer Zweifel aber ist: Jede Staatsverfassung schon garantiert die „Unabhängigkeit der Gerichte", ihre Pflichterfüllung und ihr Stimmrecht! Selbst der „Richtereid" fordert: „nach bestem Wissen und Gewissen, nirgends aus Gunst, Furcht, Rücksicht auf die Person zu handeln, nur die Gerechtigkeit und Wahrheit vor Augen zu haben!" Zugleich liegt weiter ein offenbarer Bruch der Gerichtsverfassung vor. Denn, abgesehen von dem einen Falle des Ausschlaggebens des Vorstandes bei Stimmengleichheit nach § 63, 121, 133 ꝛc. Reichs-Ger.-Verf.-Ges. vom 27. Januar 1877, darf doch die Stimme des Vorsitzenden nicht mehr gelten, als die Stimme des beisitzenden Richters und darf ebendeshalb offenbar auch ein solches Mehrgelten nicht dolose durch Gewalt herbeigeführt werden! Wozu wäre sonst eine „collegiale Berathung" von Richtern überhaupt vorgeschrieben? Wozu sonst ein Gericht mit mehr Richtern besetzen, als: mit einem solch' unfehlbaren Vorstande allein?

So würde diese Verletzung der Unabhängigkeit der Gerichte bei der Abstimmung von Richtern ohne Zweifel längst sofortige Veranlassung zu einer energischen Handhabung der Disciplin ergeben haben! — Indem der Unfehlbare weiter seinen unerreichbaren, subjektiven historisch-romantischen wie fanatischen Polizeiplänen nachhängt, indem sein Wahn so erfolglos und rechtswidrig die, durch höhere Gesetze unwillkürlich gegebene Bewegung und Entwicklung unseres Rechts, welcher das Präjudiz folgt, gewaltsam zu hemmen sucht, beginnt er folgendes: — Er unterdrückt in seinem Referate dienstlich und bewußt, vor allem vor seinem eigenen Präsidialcollegium, dann vor der höchsten Leitung behufs einer Qualifikation Untergebener, die wahre, für die Qualifikation eben dieser Richter der Praxis erhebliche Thatsache: daß die, von ihm als Grund der Unfähigkeit dieser Richter denuncierten — Entscheidungen identisch sind mit Präjudizien und Ausflüssen unserer höchsten Gerichtshöfe! (§ 2 I 2). Er behauptet in amtlichen Qualifikationen die falsche Thatsache, daß eine bloße Theorie vorliege, welche zur höheren Instanz unfähig macht, während er so die erhebliche Thatsache verschweigt, daß ein praktisches Recht der höchsten Gerichtshöfe selbst vorliegt! Diese objektive Fälschung seines Referates ist, wie gesagt, eine bewußte, weil er durch officielle Berichte von Untergebenen auf die Identität ihrer, von ihm als Grund einer Unfähigkeit benützten Anschauungen mit oberstrichterlichen Präjudizien unter Allegierung dieser Präjudizien wiederholt aufmerksam gemacht wurde! So ist die Entziehung des Fortkommens der Beförderung suchenden Richter eines ganzen

Digitized by Google

Kreises, — weil dieselben oberstrichterliche Präjudizien anwenden, nicht aber seinem subjektiven Legismus eines römischen ꝛc. Rechts huldigten, — eine zweifellos dolose, betrügliche. Bei ihr werden zudem öffentliche Urkunden geschaffen und benützt. Für dieses Reat ist also nur fraglich, ob hier etwa ein Rechtsirrthum des Unfehlbaren möglich ist, nachdem doch die Leistungen solcher untergebener Richter, nicht blos etwa durch die Qualifikationen der Vorstände der Untergerichte, sondern auch derart anderwärts Anerkennung fanden, daß dieselben als praktisches Recht seitdem selbst in der Rechtsprechung des Reichsgerichts wie der übrigen Praxis, jetzt auch noch in der Doktrin eines Windscheid ꝛc. sanktioniert sind. Mußte der Unfehlbare da als Jurist nicht gleichfalls wissen, daß nicht blos seine historische Doktrin, sondern auch das praktische Recht des Reichsgerichts ꝛc. „doch auch ein Recht", und keineswegs eine zum Dienste der höheren Instanz nicht befähigende Thatsache ist? Kann so ein Rechtsirrthum vorliegen? In dieser absichtlich erfolgenden Constatierung falscher Thatsachen in den öffentlichen Urkunden amtlicher Qualifikationen auf Anstiften des Unfehlbaren aber würde in jedem Rechtsstaate eine Urkundenfälschung im Amte nach § 348 R.St.G.B. vorliegen können. Abgesehen hievon dürfte noch folgendes weitere Reat in Frage stehen! — Versucht nicht auch der Unfehlbare, abgesehen von Amtsehrenbeleidigungen an Richtern, durch den Mißbrauch seiner Amtsgewalt — objektiv und subjektiv rechtswidrig und direkt gegen die Strafbestimmungen des § 339 R.St.G.B., — ihm untergebene Richter selbst zu Handlungen, Duldungen und Unterlassungen, nämlich widerrechtlich selbst zu einem Votum zu nöthigen, obgleich ihnen doch Richterpflicht nnd Richtereid dies Votum unmöglich macht? Wurde hier nicht auch weiter dadurch ein moralischer Zwang versucht, daß er dem Richter wegen pflichtgemäßen, correkten Handelns sogar höchst unfläthig beleidigt, oder, daß er ihm höchst concludent die Entziehung seines Fortkommens und seiner Existenz als Richter vor Augen legt, wenn dieser auf correktem Festhalten am Präjudize beharrt, entgegen der subjektiven Anschauung des Vorstandes? Bedrohte er ferner den votierenden Richter wegen eines Votums nicht auch noch selbst thätlich mit Gewalt, indem er ihn wegen seines, von seinem innersten Gewissen ihm abgenöthigten, abweichenden Votums auch noch realiter mit der Abführung durch den, ihm zum Gehorsam verpflichteten Gerichtsboten bedroht: gleich einem Delinquenten?!! Selbst dann, wenn eine irrthümliche Anschauung eines Richters vorläge, wäre doch wohl ein solcher Zwang, eine „solche" Gewalt unzulässig! Hier aber liegt auch noch gewissenhafteste Pflichterfüllung im Einklange mit dem Rechtsprechen der höchsten Gerichtshöfe und mit dem Gewissen der gesammten Praxis vor! Sind wir so weit schon mit unserer deutschen Rechtspflege und mit der Unabhängigkeit unserer Gerichte gekommen? Handelt es sich da nicht überdies um die Berufsehre, um die Berufspflicht unserer Rechtspflege und Richter überhaupt? Selbst Verzeihungen können ja hier doch wohl nur die Verletzung der Person des einzelnen betroffenen Richters sühnen, nicht die Oeffentlichkeit: Hier sind die Fundamente unserer Rechtspflege erschüttert! Einer Regierung gebietet hier deren Ehre ein Einschreiten ebenso, wie die Ehre des Richterstandes! Denn eine solche Justiz ist weit schlimmer, als jede andere Justiz; schlimmer selbst als eine Cabinetsjustiz der früheren Jahrhunderte und schlimmer, als andere denkbaren Formen: Sie gewährt nicht blos unberechtigt selbst Justiz durch, als einzelne unberechtigte, Organe, sondern sie bedient sich zu dieser Verwirklichung ihrer fanatischen, unerreichbaren, nur schädlichen Ziele auch noch gesetzlich unerlaubter, entehrender wie unmoralischer Mittel!

Leider wurden bis jetzt Beschwerden, Anträge Untergebener auf Untersuchung der Fälschungen, unglaublicher Weise, nur immer wieder vor den Richterstuhl des so „Angeklagten" selbst geschleppt, in der Meinung, das Delikt werde sich selbst bestrafen, er werde selbst vom Amte gehen! Von diesem „Angeklagten" wurde bereitwillig alsdann wohl immer wieder ein neuer, heuchelnder, mit versteckter Ironie gegen oben wie unten sein Opfer auch noch bedauernder, Parteibescheid erlassen und vollzogen, wohl mit der Motivierung, daß die Qualifikation eines (hintergangenen, vergewaltigten) Präsidiums nicht entsprechend sei, um abzuhelfen! — — Ist es ein Wunder, wenn der Ueberreizte da immer wieder von neuem in seinem Unfehlbarkeitswahne bestärkt, wenn sich — in den Glauben an seine

Digitized by Google

Ueberlegenheit über die gesammte übrige Menschheit außer ihm selbst — schließlich auch noch Verachtung und Hohn gegen die ganze, ihm vermeintlich nimmermehr ebenbürtige Umgebung — nach unten wie nach oben — mischt? — Solche Verletzungen und Fälschungen des öffentlichen Rechts wie der öffentlichen Moral erfordern wohl endlich eine Remedur zu Gunsten der Rettung des geltenden Rechts selbst, der Rechtsuchenden, der Unabhängigkeit der Gerichte, ja sogar im Interesse der Humanität gegen die, so freventlich bis 1891 gemaßregelten, pflichterfüllenden Richter! — — Die Verfolgung aber solcher Delikte selbst vor einem Untersuchungsrichter wird in Deutschland seit § 156 der Reichs-Straf-Proc.-Ordn. wieder nur in den Händen der, von der Weisung der höchsten Behörde abhängigen Staatsanwälte liegen. (Auch die, in deutschen Partikularstaaten früher bestehenden unabhängigen Untersuchungsrichter sind ja leider aufgehoben, und hiedurch ist wieder der Einfluß der Verwaltung erweitert.) Solche Handlungen aber fordern dann wenigstens Berücksichtigung selbst auch bei eintretender Verjährung durch die höchste Staatsregierung! Sie erfordern die Zuhilfenahme eines Beamten-Disciplinargesetzes und Restitution: Diese Einschreitung und Restitution muß auf diesem Wege der höchsten Verwaltung allein anheimgegeben bleiben, welcher dienstliche Anzeigen längst vorliegen!

6. Die absolute Unerreichbarkeit des Zieles einer solchen Polizeijustiz nach dem Herzen einer doktrinären, romantisch-fanatischen historischen Schule! — Diese trotzdem gegebene Unerreichbarkeit der, so erstrebten Ziele wird außer Zweifel sein! Selbst wenn je solche verfassungswidrige Maßregelungen von Richtern erlaubt wären: könnte durch sie der etwa gewollte Zweck einer Besserung unserer Rechtspflege jemals wirklich erreicht werden? — Im Civilrechte? Was wird hier durch das Verfahren dieses Fanatikers erreicht, welcher in das Heiligthum der materiellen Rechtsprechung seiner Richter, wie gezeigt, mittels Bruches der Gerichtsverfassung, mittels materieller, frauduloser Umgehung der Präsidien ꝛc. eindringt, um jene wegen correkten materiellen Rechtsprechens auf Grund der Präjudizien seiner obersten Gerichtshöfe zu maßregeln? Denken wir uns nun wenigstens den nicht gegebenen, undenkbaren Fall: es stünde wirklich dem Vorstande eines jeden Gerichtshofes zu, seine, von denen der höchsten Gerichtshöfe verschiedenen, abnormen Ideen den übrigen Mitgliedern seines eigenen Collegiums aufzudrängen und bei Meidung der Vernichtung ihrer Existenz geradezu zu diktieren: Was wäre hiedurch erreicht? Könnte dadurch jemals eine Einheit einer Rechtspflege erreicht, könnte so jemals das Schwanken der Praxis, jemals die Bewegung, Selbstentwicklung und Aenderung des geschichtlichen Rechts mit den Neubildungen des § 2 I 2, verhütet werden? Könnte dadurch ein strammes, festes, gesetzähnliches Recht, könnte damit das Ziel und der Traum der historischen Doktrin erstrebt werden? Niemals! Aus folgenden Gründen:

Einmal würde dies Eingreifen unfehlbarer Vorstände schon faktisch wirkungslos und von selbst paralisiert werden müssen; weil ja doch der höchste Gerichtshof selbst sich unmöglich jedesmal nach der Rechtsanschauung und der Laune jedes einzelnen, sich noch so unfehlbar dünkenden Vorstandes unter ihm richten kann! Der höchste Gerichtshof wird also auch dann, nach wie vor, nach festen, stillschweigend und concludent geübten Grundgesetzen, welche der, in der Civilrechtspraxis verlegene Unfehlbare nicht aus Erfahrung kannte, seine Präjudiz erlassen müssen, und auch der Unfehlbare würde so eben einfach abgeändert werden, soweit er sich in revisiblen Sachen ꝛc. diesem Präjudize offen widersetzt. — Aber auch wenn dies nicht der Fall, könnte so zweitens durch Vorstände die Entwicklung des Rechts nach der Art des § 2 I 2 beseitigt und eine Einheit der Rechtsprechung erreicht werden? Würden sich denn alsdann die zahllosen Vorstände und Vorständchen der unzähligen Gerichte nicht auch, und dann erst recht, widersprechen? Einfach, weil ihnen so das einheitlich regelnde, einigende Präjudiz eines vorgesetzten Gerichtshofes fehlt? — Wir sehen, das Ziel ist ein planloses und wohl selbst ein sinnwidriges! — Was sollte sonst durch solche Gewalt gefördert werden? Autorität? Wäre doch das Rechtsgebiet ein administratives oder vollends ein militärisches Operationsfeld: Dann wäre ja doch Autorität, „Gehorsam auch im Rechtsprechen vor Richtern" gegenüber einem Justiz-General, bis herab zu einem leitenden

Digitized by Google

Justiz-Tambour-Major etwa, recht wohl am Platze! Warum nicht? — Aber ein Commando und Gehorsam: im Votieren von Richtern, nicht nach Gesetz, sondern nach Personenwillkür! Bei einem declarare des jus quod est, bei dem ruhigen Suchen nach dem richtigen Gesetze und den Rechtsquellen, deren Existenz zweifelhaft, welche an sich noch verschiedener Auslegung fähig sein könnten, und über deren Dasein, wie z. B. über das eines Gewohnheitsrechts, nur Erfahrung entscheidet: Solches Forschen, diese Einsicht, diese Wissenschaft oder Theorie, ersetzt wohl kein noch so strammes, schneidiges Commando eines General-Staatsanwaltes als Chef der Judikatur! Gewiß kennt ja auch unsere Rechtspflege einen Gehorsam: Ja wohl! Gehorsam innerhalb der äußeren Disciplin, innerhalb der Sitte, der Ehre, der Gerichtsverfassung; Gehorsam selbst innerhalb der materiellen Rechtsprechung — — aber hier doch wohl Gehorsam nur: gegenüber dem wirklichen Gesetze oder der wirklichen Rechtsquelle, nimmermehr gegenüber einer, diese brechenden, subjektiven Laune selbst eines Vorstandes!

Was würde alsdann durch all' diese Gewaltthaten eines solch' früheren Justizverwaltungsbeamten wie seiner historischen Schule erreicht? Nichts, als das Eine: Diese Polizeijustiz lastet so als ein Flecken auf der, es entehrt die Rechtspflege des betreffenden Landes. Diese Politik eines Polizeistrebens einer historischen Schule verdirbt vor allem, wie gezeigt, das Recht selbst; sie entzieht das allein wahre, geltende, wohlerworbene Recht nach Art des § 2 I 2 und dessen segensreichen Erfolge (§ 4 A) dem Rechtsuchenden. Sie schändet ferner die Ehre, das Gewissen seiner einzelnen Richter, sie zwingt diese zum Bruche ihres Eides, oder sie erzeugt aus den eidestreuen, edelsten Elementen Märtyrer: um unsere Rechtspflege zu corrumpieren, ohne jene Wahnzwecke je zu erreichen; wohl aber um die Wohlfahrt und den Bestand des Landes zugleich zu gefährden! Einem feilen Streberthum, einem beliebigen, willkürlichen Einwirken einer Polizeigewalt und eines Polizeistaates selbst auf die Urtheile der Richter, einem Connivieren mit Willkür, Launen und Excentricitäten des Vorstandes allein schon wird so auch noch officiell Thür und Thor weit geöffnet; um dieses Abweichen vom Rechte auch in anderen Fällen zu ermöglichen: Denn ginge es nach dem Wollen dieses einen Unfehlbaren, so gäbe es in Deutschland bald keine Richter mehr! — Unser Unfehlbarer ist so wohl ein Romantiker und Fanatiker einer historischen Schule im Sinne des § 3 II A und B zugleich! Einfach, weil er, an sich unmögliche, unberechtigte, schädliche Ziele — um Recht zu sprechen — durch Gewalt durchsetzen zu dürfen vermeint! Er ist innerhalb der Rechtspflege der Metternich eines Polizeistaates im Kleinen. Wie dieser dereinst — trotz der scharfsinnigsten Polizeimittel kurzsichtig — das erkeimende, jetzt unbeanstandet anerkannte und den Staat vor Stürmen jetzt längst segenvoller, als das alte, schützende Staatsrecht noch nicht begriff, wie er dieses lebende Recht vielmehr fortwährend entzog, es gleich einem Unrechte und Verbrechen mittels Willkür und Polizeigewalt bis aufs Blut verfolgte, um dafür, weil er selbst den Staat durch falsches, vergangenes Recht an den Rand der Revolutionen und des Abgrundes führte: sich selbst als angeblichen Staatsretter die höchsten Würden zu sichern: Ganz so droht der Unfehlbare, trotz der penetranten Schärfe seines im Endziele dennoch kurzsichtigen Vorstandes, die Rechtspflege zu corrumpieren, die Unabhängigkeit der Gerichte zu gefährden, um allenfalls den Staat auszubeuten, von Strebern aber wieder ausgebeutet und moralisch verachtet zu werden!

Was sollte hiedurch für das allgemeine Staatsinteresse erreicht werden können? Soll so eine feile Bureaukratie herangezogen werden, welche durch Unkenntnis ihrer Fundamente die aprioristischen, schädigenden Phantome des Rechts nie durch Forschen über das Recht und Einsicht zu widerlegen, sondern nur mittels Formen zu brillieren versteht, wie die historische Schule § 1, 4 I β, § 4 B? — Angriffe einer Socialdemokratie, einer Anarchie z. B. auf das bisherige lebende Privatrecht dürfen dies Recht in einer Litteratur ungestört unterwühlen; die Förderung aber umgekehrt der Erkenntnis eines, gegen solche Extreme erfahrungsgemäß nothwendigen, rettenden praktischen Rechts, welches dereinst vielleicht die Unhaltbarkeit solcher aprioristischer Extreme (§ 1, Ziff. 5 I) zeigen kann, das edelste Streben zwingt der Unfehlbare, so litterarisch vor der Oeffentlichkeit zu

Digitized by Google

schweigen oder nur bei historischen Antiquitäten stehen zu bleiben! — Das Verständnis der Civilrechtsentwicklung in Deutschland ist, wie wir sehen werden (§ 9), durch unsere historisch romantische Schule so zurückgegangen, dies heutzutage lebende Recht ist wissenschaftlich so unvorbereitet geblieben, daß eine Civilgesetzgebung seit 1873 ringt, um nur ein lebensvolles Civilgesetzbuch zu Stande zu bringen! Daß es weit leichter gewesen wäre, noch unter der Herrschaft eines Naturrechts, zur Zeit eines Thibaut, Feuerbach, Gönner ein brauchbares Civilgesetzbuch zu Stande zu bringen, als jetzt, nach einer fast hundertjährigen Herrschaft der historischen antiquarischen Schule. (Denn wenn auch das Naturrecht im Principe einseitig und soweit verwerflich ist, so haben trotzdem dessen damalige Anhänger unbewußt unter Correktur und Controle der Praktiker der Ministerien und unwillkürlich das geschichtlich lebende praktische Recht weit besser zu Tage gefördert, als die seitherige historische Schule mit ihren Antiquitäten einer gesammten Vergangenheit! § 1, 5 I). Auch diese schädigende historische Schule nun soll nicht durch die Litteratur erfahrener Richter beleuchtet, ihren Schädigungen (§ 4 A) soll nicht Einhalt gethan, die historisch-romantisch geschulten Universitäten nicht zu einem praktischen wahren Rechte zurückgeführt werden dürfen? Die Richter aber, welche dies auf Grundlage eines positiven Rechts erstreben, welche unendliche Opfer an Carriere, Einkommen ꝛc. bringen müssen, um dazu beitragen zu können, sollen trotz allen Verdienstes 10 Jahre lang gemaßregelt werden, um Strebern mit egoistischen Zielen den Vorrang einzuräumen, welche Auszeichnungen, Carriere, Orden erringen, um das Civilrecht in seinem Unverständnis zu erhalten und das Recht zu schädigen! — Was nützt ferner die ungemeine Bevorzugung des leichteren Strafrechts allein? Diese hätte doch noch einen Sinn, etwa dann, wie gesagt, wenn das Strafrecht noch so wenig ausgebaut wäre, wie das Civilrecht: Zur Zeit der großen materiellen Reformen des Strafrechts, etwa einer Carolina etc. durch einen Feuerbach am Beginne der ersten Hälfte unseres 19. Jahrhunderts! Oder zur Zeit der großen prozessualen Reformen im Strafrechtsgebiete am Beginne der zweiten Hälfte dieses Jahrhunderts bei Einführung der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit: Jetzt aber, nachdem das Strafrecht im Vergleiche zum Civilrechte vollendet, das Civilrecht aber endlich selbst desselben Ausbaues seiner veralteten Bestände erfordert, jetzt sollen die Richter, welche auch dieses pflegen wollen, geradezu zu Märtyrern gemaßregelt werden!

Ist nicht auch der Einfluß dieses wahren, lebenden „praktischen" Civilrechts auf die Staatsordnung selbst, wie oben gezeigt, von Werth? Haben nicht die Extreme der Naturrechts- wie der historischen Schule allein fortwährend, wie in früheren Paragraphen gezeigt, die Metternich und andere, Revolutionen, nach vorwärts und rückwärts heraufbeschworen und kostbare Kronen gekostet, welche nur ein Einblick in das Leben des Rechts, ein praktisches Recht eines Bismarck ꝛc., gerettet haben würde? Will unser Staat noch immer den, ihn in den Abgrund zerrenden, früheren Polizeistaat hegen, welcher die von Stintzing aufgeführte Clique oder Coterie einer historischen Schule, die Hassenpfluge ꝛc. großgezogen? (vgl. Stintzing in dessen Schrift: F. C. Savigny, ein Beitrag zu seiner Würdigung, Berlin, Reimer, 1862 S. 46, cf. S. 45—47.) Befindet sich der Staat, die Krone nicht besser bei dem, sie treu und gerecht nach allen Seiten schirmenden Rechtsstaate, welcher die Consequenz und das Analogon des lebenden „praktischen" Civilrechts ist?! Ist nicht ein politisch Lied ein garstig Lied, zumal wenn unverstandene, staatsgefährliche Politik auf das selbstlose, wahre Civilrecht und auf die intangible Erfüllung von Richterpflicht störend übertragen werden will, um mittels derselben stümperhaften Politik, welche dereinst bereits die Staaten gefährdet, nun auch noch die deutsche Civilrechtspflege zu schädigen? Und haben wir so nicht hier in der That ein, vereinzelt in unserer Praxis noch jetzt fortlebendes Produkt und Bild des Wirkens des, von der staatsgefährdenden historischen Schule großgezogenen deutschen Polizeistaates vor uns: welcher, angeblich um Staatsgefahren zu vermeiden, fortwährend Staatsgefahr schafft! Zeigt sich so in dem Wirken auch dieses unseres Zöglings einer historischen Schule und unfehlbaren Polizeimannes auf dem leitenden Richterstuhl einer Praxis nicht vielmehr ein Stoff für Ihering's und Bekker's Scherz neben tiefem Ernste? Die Tendenz eines Polizeikünstlers „gegenüber" dem segen-

Digitized by Google

spendenden lebenden und allein wahren praktischen Rechte? Ein Stoff: für die Dichtung eines Cervantes, (gestreift etwa von Heine's Tendenzbär, soeben von Hauptmann's Biberpelz ꝛc.)?

Resultat. Damit haben wir nun aber eine Photographie eines vereinzelten abnormen Versuchs ersehen, auch unserer Praxis an Stelle ihres lebenswahren Präjudizes und einer zu erhoffenden praktischen Theorie: eine historische Schule mit Gewaltanwendung zu oktroyren! — Warum wir das schreiende Unrecht einer Maßregelung so eingehend enthüllt, welches an dem Herzblute einer Pflichttreue zehrt? Aus mehrfachen Gründen! Damit unsere Praktiker und Juristen, überhaupt die Wissenschaft, die Gründe und Schule dieses wahren Rechts nicht länger vernachlässigen, mittels deren sie allein ihre Gegner überzeugen und die vielen fanatischen Feinde ihres wahren, positiven Rechts von sich abwehren können. Damit ferner nicht in Zukunft wieder ganze Kreise von Richtern wegen correkter Erfüllung ihrer Richterpflicht durch einen, in ihrem Rechte verlegenen Praktiker selbst gemaßregelt werden. Damit aber endlich auch der freundliche Leser aus diesem Ernste und traurigen Scherze unserer Plauderei ersehe, wie sehr der Jurist seiner nachsichtigen Unterstützung und seines Wohlwollens bedarf, welcher seinem Vaterlande den Dienst zu leisten versucht, die Berechtigung seines wahren Civilrechts darzulegen! Denn ein solcher Jurist, wenn er, in seinem ohnehin bescheidenen, kleinen Kahne (Einleitung Ziff. 2) jemals auch einer gefahrvollen Charybdis auf Seite unserer historischen Doktrin mit deren Sphinx glücklich entschlüpft (§ 3), fällt alsdann um so sicherer in die Scylla einer Praxis, mit ihrer weit gefährlicher schleichenden, heuchlerisch anerkennende Briefe schreibenden Sphinx der eben beschriebenen Art: Er erliegt dem fanatischen Polizeikünstler, welcher bei dem Abzuge der großen historischen Armee und ihres Polizeistaates auf Seite der Praxis noch als vereinzelter Marodeur zurückgeblieben! — Möge dieser Jurist wenigstens noch so viel Kraft gerettet haben, um jetzt mit dem theilnehmenden Leser auch noch einen zweiten, speciellen Theil dieser Versuche zu betreten; um dort weiter versuchen zu können, die einzelnen, bisher im Leben stillschweigend und concludent geübten Grundgesetze eben dieses unseres praktischen Rechts, soweit ihm möglich, zu schildern und zu spiegeln! Dazu eben bedarf es schon wieder neuen Wohlwollens: Möge es nie enden!

Digitized by Google

# Specieller Theil.

## Begründung der Schule des praktischen Rechts.

### § 5. Die materielle Berechtigung des praktischen Rechts wie dessen formale Construktion aus den sämmtlichen positiven Rechtsquellen, und die Anklagen seitens der bisherigen doktrinären Schulen.

Was ist der Grund des Geltens des Rechts? — Mit Berechtigung sagt uns die historische Schule zwar abstrakt: das materielle Recht ist in der Geschichte unwillkürlich gegeben. Gleichzeitig hat aber seitdem Ihering bereits wohl mit allem Fuge (mit des Verfassers praktischem Bedürfnisse der Rechtsform gegenüber der historischen Schule 1865, S. 42 ff., S. 117, 119 ff.), begonnen, die stabile, quietistische Art dieses concreten „Gegebenseins" zu widerlegen. Während die historische Schule nämlich abstrakt sagt: Gegeben ist der Stoff der gesammten „Vergangenheit", (Savigny, Zeitschr. I, S. 6), ist der wahre Grund des Geltens des Rechts nicht dieser stabile, vielleicht todte gegebene „Stoff" einer Vergangenheit, sondern das gegebene „Leben" dieses geistigen und körperlichen Stoffs: das Leben der thatsächlichen Geschichte, der geistigen Ideen oder Ueberzeugung des Volkes, und das fortschreitende gegebene Begreifen dieses Stoffes (§ 2 II a)! — Dieses reale Leben zeigt und beweist uns in Einzelheiten der § 2. Der stabile, elementare Urstoff ist da im Leben des Rechts nur der durchlaufende Posten: Die Gattung dieses Stoffs, die Obligationen, das Sachenrecht ꝛc. bleibt vielleicht ewig; aber der concrete Stoff kann sich verbrauchen und ersetzt werden durch neuen Stoff derselben fungiblen Gattung, welcher ein anderes, neues, anders lebendes Produkt erzeugen kann. Nicht der Stoff also, sondern der Wechsel: der „Stoffwechsel", die Aenderung des Rechts mit der sich bewegenden Geschichte ist ewig gegeben: erfahrungsgemäß von den XII Tafeln Roms, wie von unseren germanischen leges barbarorum herab bis zu den rastlosen Neubildungen der Folgezeit! — Diese Bewegung des Lebens nach § 2 ist zwar von Savigny's Schule gleichfalls theoretisch anerkannt (§ 2 III a). Aber dieselbe praktisch zu erfassen, die Resultate der Bewegung zu begreifen und als Recht darzustellen,

Digitized by Google

welche die Praxis stumm und concludent zeigt, das hat Savigny noch nicht verstanden. Theoretisch und praktisch zugleich vielmehr ist diese Bewegung wohl zuerst und bisher allein erfaßt in dem adjuvare, supplere, corrigere der praktischen, classischen Römer auf Grund der positiven Rechtsquellen. Sie zuerst haben begriffen, wie hinter jedem Stoffe der Praxis oder Theorie etwas steckt, dessen bloße Hülle der Stoff ist; ein sich Aenderndes, ein movens der jeweiligen Gegenwart, ein jus, quod est: ein Recht, welches mit der Gegenwart lebt! Dieselben besagen dies von ihrem Präjudiz, der sententia: »per sententiam non debet (jus) constitui, sed (quod) est, declarari« (Ulp. l. 8 § 4 D 8, 5); und sie besagen es von ihrer Theorie, der regula: »regula est, — non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat«, (Paulus l. 1 D, R, J. 50, 17). Ihnen sind Theorie und Praxis Träger desselben Lebens des Rechts. Darüber bereits oben Einleitung 1, II bes. S. 31 ꝛc. —

Die abstrakte „Form" nun aber im Allgemeinen, aus welcher wir Menschen allein ein Recht erkennen können, die wahre Methode ist deshalb einzig die: einer Erfahrung des sich bewegenden Lebens des Rechts (oben § 1, 4 γ a S. 74 ff.), die Empirie; und zwar eine Induktion von unten auf, aus den einzelnen Objekten der Erfahrung, a posteriori (§ 2 IV. S. 222 f.), nicht: nur subjektiv geistige Deduktion aus selbstgeschaffenen Regeln a priori, gleich unseren bisherigen Rechtsschulen! Bei näherem Erforschen dieser einzigen Erkenntnisquelle der Erfahrung enthüllen sich uns dann empirisch als einzige Erfahrungsgesetze des Lebens des Rechts: die positiven „Rechtsquellen". Sie bedingen seine Rechtmäßigkeit: So ist für uns Menschen aber abstrakt die Identität einer Rechtsdarstellung mit den lebenden Ausflüssen der Rechtsquellen das einzige „Kriterium" der Wahrheit des Rechts! — Was Rechtsquellen sind, ist im Wesentlichsten allgemein anerkannt; namentlich Gesetz und Gewohnheitsrecht wurden — bisher wenigstens — allgemein als Rechtsquellen anerkannt; das Nähere ergeben die § 5—7 und § 9 a. E. —

So aber ist, concreter erfaßt, materiell jede concrete Erscheinung eines positiven Rechts nicht etwa ein blos „quietistisches Gegebensein" des Rechts Savigny's in einem Stoffe, in einer Materie, einem Produkte der gesammten Vergangenheit, sondern ein Produzieren, eine real gegebene geistige „Arbeit" und juristische mühevolle That, ein Suchen und Finden aus den Rechtsquellen und dann noch ein „Begreifen" der species des Lebens und sich Bewegens des Rechts! Wir haben dies schon berührt. (So § 3 IV 4, S. 374, § 2 II a γ S. 196 ff.) Zunächst müssen nämlich die Ausflüsse der Rechtsquellen im Einzelnen erkannt werden; das Gesetz muß aus den versteckten Winkeln der zerstreuten Paragraphen hervorgesucht, mühsam geprüft werden, ob es paßt; das Gewohnheitsrecht muß aus der Uebung des Lebens erkannt, möglicherweise erst noch bewiesen werden; das Juristenrecht muß vollends erst aus eigener geistiger Operation durch Denken aus

Digitized by Google

inneren Gründen und Vergleichung der öffentlichen Meinung ganz neu erkannt werden! Dies einzelne gefundene Resultat der Rechtsquellen muß dann materiell und formal erst wissenschaftlich konstruiert, d. i. zur ratio eines materiellen Systems gefügt werden, welches sich materiell nicht widerspricht, und dann auch noch formal mit technischen Begriffen und Definitionen ausgestattet werden, mittels welcher wir Juristen rechnen. Das Ganze muß dann einheitlich in eine oberste Spitze, oder wenn man umgekehrt will, in eine unterste Grundlage einer „Schule" auslaufen, welche uns principiell schon besagt, ob wir dies Recht auch berechtigt mittels Vernunft allein, oder mittels vergangener Geschichte allein, oder mittels eines dritten, lebenden organischen Rechtes erfaßt haben, welche quellengemäß lebenden Geist des Naturrechts mit einer lebenden Geschichte, Gesetz, Gewohnheitsrecht suo loco: am rechten Ort und wann? vereint. — Erst für das, so durch geistige Arbeit Erkannte, begriffene Positive bedürfen wir dann auch noch entweder der freiwilligen, friedlichen Anerkennung der Außenwelt; oder, wenn uns diese versagt ist, auch noch Ihering's Kampf! Wir bedürfen des Kampfes „um's Recht" bald nach Außen: im Civilrechte des Prozesses, im Staatsrechte etwa des Völkerkampfes und Krieges; bald im Innern des Rechtswissens des Kampfes „des Rechts gegen das Recht"; wie beispielsweise seit der mittelalterlichen Glosse: den Kampf der induktiven quellengerechten Empirie einer, bisher vielleicht noch, im Vergleiche zu der römischen, unwissenschaftlichen Praxis gegen wechselnde aprioristische doktrinäre Schulen: den Kampf einer Theorie und Praxis, gleichviel ob die persönlichen Träger beider dem Rechte der Theorie oder Praxis angehörten! —

Von diesem Gesichtspunkte werden nun unsere weiteren Untersuchungen ausgehen müssen, daß eine Darstellung des Rechts die „Arbeit des Suchens des Stoffwechsels der Ausflüsse der lebenden Rechtsquellen und dessen Begreifen" ist! So wird jetzt: I. die Begründung der Anklagen der bisherigen, dann II. die Berechtigung der praktischen Rechtsschule selbst an dem, uns Menschen zugänglichen „einzigen Kriterium" zu prüfen sein: Welche dieser drei denkbaren Rechtsschulen entspricht den positiven Rechtsquellen?

I. Die „Anklagen" unseres praktischen Rechts seitens der bisherigen Rechtsschulen.

Anklagen der Naturrechtsschulen. — Wie erwähnt, vermählt alles lebende und praktische Recht Geschichte und Naturrecht, Körper und Geist. Deshalb mußten dem praktischen Rechte in seiner einen Hälfte, soweit es Geschichte ist, auch schon Anklagen der Naturrechtsschulen entgegentreten. — So haßt ja, wie schon zu § 3 erwähnt, noch u. a. beispielsweise ein Ausläufer der Naturrechtsschulen, ein Feuerbach (Vorrede zur 1. Aufl. seines Lehrb. d. gem. peinl. Rechts 1801) unsere, trotzdem von ihm „nicht ganz umgangene" Praxis als: „Polster der litterarischen Trägheit", als „Stütze blinder Willkür"! Sein Vorwurf einer litterarischen Trägheit unserer Praxis mag, was

Digitized by Google

Principienstudien anbelangt, heute noch berechtigt erscheinen. Er wird aber deren Berechtigung keinen Eintrag thun, weil z. B. deren Gewohnheitsrecht quellenmäßig berechtigt sein wird, selbst wenn es keine doktrinäre Litteratur beachtet. (Einleit. S. 3 f.) Zudem haben wir ja in § 3 und 1 bereits die tieferen Ursachen dieser principiellen Unthätigkeit kennen gelernt: die Principien weder der Naturrechts, noch der histor. Rechtsschule konnten allein für die Praxis ausreichen! Dann drängte die Panik am Beginne des 19. Jahrhunderts und das aggressive Vorgehen der späteren historischen Schule selbst eine principiell ausgreifende praktische Litteratur gewaltsam zurück, indem erstere das praktische mit dem Naturrechte verwechselte und als staatsgefährlich bekämpfte. Der weitere Vorwurf aber einer Willkür hat, in dem Munde eines Naturrechtsphilosophen wenigstens, allerdings die folgende materielle Bedeutung: Daß unsere Praxis nicht unbedingt dem Geistesschaffen des Naturrechts aus subjektiver Vernunft folge, weil sie vorzugsweise, regelmäßig primär (§ 6 II B b), an lebender Geschichte haftet, und insoweit von jeher zum Theil mit einer historischen Anschauung seit der Glosse ging. Insoweit nun sind die Naturrechtsschulen seitdem durch die historische Schule Hugo's und Savigny's zur Genüge widerlegt, ohne daß der letzteren weiteres beizusetzen wäre. Im Uebrigen aber ist der Vorwurf der Naturrechtsschulen unbegründet: Weil das praktische Recht suo loco, da, wo Naturrecht berechtigt, diesem seinen gebührenden Platz anweisen wird. (§ 6—7.)

Anklagen und Gegensätze auf Seite der historischen Rechtsschule. — Dem praktischen Rechte trat, trotz seines theilweisen geschichtlichen Standpunktes, die, unsere Naturrechtsschulen ablösende historische Schule wieder diametral entgegen. Alles, nicht der eigenen Schule angehörige Recht erschien diesem Extreme, einem Savigny, infolge seiner Verwechselung alles praktischen Rechts, selbst der lebenden Geschichte mit einem Naturrechte, als ungeschichtlich und damit wieder ganz allgemein als bloße Willkür; als Verlorensein des Sinnes für die Größe vergangener Zeiten, unerleuchteter Bildungstrieb, bodenloser Hochmuth! (Z. B. Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissensch. Bd. I, 1815, S. 2, 3 ff., S. 12; Beruf, Ziff. 1.) Der Vorwurf einer „Willkür" also im Munde dieses Historikers hat wieder eine ganz andere, die gerade entgegengesetzte Bedeutung, als im Munde des Naturrechtsphilosophen! Hier bedeutet diese Anklage nicht etwa Mangel an Philosophie, sondern gerade umgekehrt, daß die Praxis, selbst soweit sie gleichfalls historisch ist, wenigstens nicht unbedingt der Geschichte der „gesammten Vergangenheit" der historischen Schule folgt, selbst soweit diese Antiquitäten zeigt! Der Grund dieser Anklage der älteren historischen Schule gegen das praktische Recht wegen Willkür erklärt sich praktisch und greifbar eben dadurch, daß dieses letztere im Gegensatze zu jener fortwährende „Neubildungen" (§ 2 I 2) zeigt! Näher, concreter zeigt sich der Gegensatz z. B. in Savigny's System so verwirklicht, daß dieses letztere praktisch fast nur eine vermeintlich rein römische,

Digitized by Google

canonische und ältere deutsche Reichsgesetzgebung darstellt; während regelmäßig die reichen „Neubildungen" der Praxis unsere historische Schule nicht anerkennt, weil sie zu dem Schulprincipe Savigny's vom Rechte der gesammten „Vergangenheit" einen fundamentalen Gegensatz bieten. — Merkwürdig ist so, daß jeder unserer beiden extremen bisherigen Rechtsschulen das, beide vermittelnde, praktische Recht, soweit es von ihren Extremen des Naturrechts oder der geschichtlichen Vergangenheit abweicht, als „Willkür" erscheint; und zwar selbst da noch, wo es allein wahre, i. e. lebende „Geschichte" und wahres, i. e. empirisches, nicht bloßes aprioristisches „Naturrecht" ist! —

Weiter glaubt auch Puchta an einer Stelle, (Cursus d. Inst. I § 78), die interpretatio der römischen Praktiker sei eine, von unserer heutigen verschiedene. Unsere heutige habe einen blos receptiven Charakter, die römische sei dagegen eine produktive; dieser böte nicht schon das Wort, sondern nur der Geist des Gesetzgebers Schranken. — Man könnte hieraus auch auf eine Anklage Puchta's, dahin schließen, daß unsere Praxis Willkür sei, schon wenn sie, über eine blos receptive Thätigkeit hinaus, sich der produktiven interpretatio der römischen Praxis nähere. — Man wird nun allerdings zugeben müssen, daß jede Praxis, die römische wie jede andere, anders Recht findet, als die historische Schule mit ihrer bloßen „Subsumtion" unter den Buchstaben des „Vergangenen". Daß ferner das jus edicendi der römischen Prätoren, wie das jus respondendi der einzelnen concessionierten römischen juris consulti zur Zeit Hadrian's (Gajus I § 7) ꝛc. für diese zugleich eine Art gesetzgeberischer Befugnisse in sich schließen konnte, welche nicht jeder Praxis zusteht. Ebenso, daß Cicero den damaligen Rechtskundigen neue Erfindungen vorwarf, von welchen wir, ohne Kenntnis ihrer Rechtsgründe, nicht wissen, ob jede Praxis zu solchen Neuerungen berechtigt wäre. — Aber im Allgemeinen wäre es doch unrichtig, deshalb einem Puchta in den Mund zu legen, daß auch er jedes, über die bloße Subsumtion hinausgehende Vorgehen der Praxis mit Willkür bezeichne. Denn an anderer Stelle, (Pandekten § 16), gibt Puchta selbst zu, daß die Thätigkeit jeder Wissenschaft, auch einer praktischen, nicht blos eine receptive, sondern auch eine berechtigte „produktive" sein darf; auch die neueste historische Wissenschaft hat sich ja derselben Produktion der Praxis mit vollem Grunde bereits unter dem Namen der sogenannten „Construktion" als einer berechtigten bemächtigt; mit Grund sagt Gerber (§ 3 S. 353): „Wir haben vom römischen Rechte das juristische Construieren gelernt." Denn jede Praxis darf und muß ja die sämmtlichen positiven Rechtsquellen anwenden; und diese führen eben an sich schon, wie wir sehen werden, nicht blos zu einem adjuvare und supplere, sondern auch zu einem corrigere des vergangenen Rechts der historischen Schule im Sinne der praktischen Römer: So wird aus einer Identität der heutigen mit der römischen Praxis, nach der Anschauung Puchta's wenigstens, nicht auf Willkür geschlossen werden können! — Aehnlich

Digitized by Google

sieht noch im Jahre 1880 der Historiker Stintzing (§ 4 B a) die Aufgabe einer historischen Richtung in einer Subsumtion, in einer auf „Urkunden" ruhenden Exegese. Auch hieraus aber könnte man nur mit Ungrund auf die Annahme einer Willkür seitens einer produktiven Praxis durch Stintzing schließen. Denn auch dieser sieht in einer mehr praktischen Jurisprudenz bereits die Zukunft unserer Jurisprudenz. (cf. S. 353 mit § 8.)

Einen unzureichenden Uebergang nun, wenn auch, (wie im Vorwort und bes. zu § 3 IV, 4 gezeigt,) noch ein eigenthümliches Schwanken zwischen historischem und praktischem Rechte, zeigt allerdings — Windscheid. Er nimmt bereits die einzelnen, von der Lehre der älteren historischen Schule materiell abweichenden, noch von dieser stillschweigend verdammten Präjudizien und Neubildungen unseres praktischen Rechts (§ 2 I) ungeniert in sein Pandektensystem auf. Damit doch gleichfalls concludent geübte materielle Principien aber, aus welchen doch nothwendig solche einheitlich geübte einzelne Abweichungen dieses praktischen Rechts erst erfließen können? Sie können dessenungeachtet, nach dessen leicht hingeworfenem Ausdrucke, einfach „auf Beachtung keinen Anspruch machen" (Pand. § 9 Note 4)! Im Princip vielmehr glaubt Windscheid leichtschlüssig und gegenüber dem Leben des Rechts fahnenflüchtig, (Nord und Süd von Paul Lindau 1878 IV S. 47), dessenungeachtet wieder dem, bisher in unserer Doktrin unbedingt herrschenden Programme der älteren historischen Schule huldigen und gerade umgekehrt wörtlich (l. c. S. 47), die „Fahne" (des Propheten Savigny) „hochhalten" zu können. Damit nothwendig also auch — dessen Princip: Das Recht ist durch die gesammte „Vergangenheit" der Nation gegeben: Auch er klagt das praktische Recht so principiell noch an! —

Wird nun eine Consequenz — einmal die Inconsequenz Savigny's, welcher, in dessen Prämisse (§ 2 III a), selbst das „Leben" des Rechts zugibt und trotzdem ein Recht der Vergangenheit, somit ein Recht, welches möglicherweise nicht mehr „lebt", lehrt, — wird sie zweitens diesen inconsequenten wiederholten Rückzug Windscheid's vom lebenden Detail zum stillestehenden Princip der Vergangenheit vertragen? — Wäre ein Recht einer „Vergangenheit" ein geltendes, dann allerdings würde es unserem praktischen oder lebenden Rechte, wie unseren Einigungsversuchen zwischen Lehre und praktisch gegebener Wirklichkeit unseres geltenden Rechts überhaupt an jedem berechtigten Boden fehlen: Die Consequenz würde aber alsdann eine unbedingte Unterwerfung unserer Praxis unter das ganze rückläufige Recht dieser Vergangenheit, unter alle Antiquitäten der Schule, der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft ꝛc. ꝛc. Savigny's, kurz selbstverständlich auch ein consequentes Preisgeben derjenigen Praxis gebieten, welche bisher ein Windscheid selbst bereits durch Aufnahme des Präjudizes in seine Pandekten für unentbehrlich wie positiv erachtete! Hier gibt es also nur ein: Aut — aut. Entweder das eine,

Digitized by Google

oder das andere! — Deshalb versuchen wir jetzt eine sachliche Lösung und Widerlegung der Anklagen und Widersprüche unserer historischen Rechtsschule und einen Nachweis der positiven Berechtigung unseres, organisch Geschichte und Naturrecht vermittelnden, praktischen Rechts an der Hand der allein positiv entscheidenden Rechtsquellen!

II. Die Frage der principiellen Berechtigung der Rechtsdarstellung, entweder unserer bisherigen Doktrinen, oder unseres praktischen Rechts, im Allgemeinen.

Befolgen nun vor allem laut Erfahrung und Augenscheines unsere beiden aprioristischen doktrinären Schulen an sich Rechtsquellen? Sind diese selbst wirkliche Rechtsquellen? Das Naturrecht, welches alles Recht a priori aus einem Schaffen der Vernunft der Völker ableitet? Die historische Rechtsschule, welche umgekehrt alles Recht a priori in der Geschichte einer gesammten Vergangenheit bereits fertig finden zu können glaubt? — Wir haben dies bereits wiederholt beantwortet; (bes. § 1.) Die Antwort lautet: Nimmermehr unbedingt! — Ein bloßes Naturrecht, welches auf, der Erfahrung conträrer, subjektiver Vernunft allein beruht, ist zum großen Theile eine Phrase, kein Recht und keine Rechtsquelle. Ein Beispiel. Sind z. B. im Staats- und Privatrechte die aprioristisch aufgestellten, naturrechtlichen Grundrechte der französischen Revolution, welche öffentliches und Privatrecht enthalten: die Principien der Freiheit, Gleichheit und Bruderliebe je empirisch ein Recht gewesen? Welche Rechtsquelle sollte sie gebieten? Würde eine absolute Freiheit ohne Pflichten, a priori als Princip aufgestellt, würde eine absolute Gleichheit im positiven Leben, also praktisch, gleich dem Rechte einer Rechtsquelle auch ausführbar sein können? Als Communismus etwa, in welchem feuchtfröhliche Bruderliebe nach einem Verprassen immer wieder theilen wollte? (§ 4 C. c. S. 411.) Ebenso mit dem übrigen aprioristischen Naturrechte im Civilrechte! Regelmäßig kann vielmehr nur subsidiär, da wo keine Geschichte, kein Gesetz oder Gewohnheitsrecht lebt und gilt, empirisch, wie wir sehen werden, von dem geistigen Schaffen eines Rechts aus der Vernunft als Rechtsquelle die Rede sein. Damit ist ohne Zweifel dies Naturrecht nicht unbedingt Rechtsquelle und zum Theil — gerichtet. — — Eine Geschichte ferner der historischen Schule im Allgemeinen allerdings ist zugleich Collektivbezeichnung verschiedener, erfahrungsgemäß wirklich geltender Rechtsquellen, und insoweit im Allgemeinen berechtigt. Denn auch das entscheidende lebende Recht, selbst einschlüssig des positiven Theils des Naturrechts, alles, was aus den Rechtsquellen fortwährend sich weiterbildend bewegt und herrscht, ist etwas, was erfahrungsgemäß „geschieht"; es ist empirische Geschichte, nimmermehr a priori geistig erträumtes Recht allein! Aber ist es doch auch empirische Thatsache, daß gerade das geschichtliche Recht, welches die „historische" Schule a priori als geltendes erfunden, die Geschichte gerade: einer gesammten „Vergangenheit" unserer oder einer fremden Nation, eine „Rechtsquelle" ist? Gelten denn heutzutage

Digitized by Google

erfahrungsgemäß die „vergangenen Rechte" der XII Tafeln, der vorjustinianischen Jurisprudenz, der leges barbarorum der germanischen Völker, unsere Sachsen- und Schwabenspiegel, einer Carolina? Herrscht ein früherer Herrscher: ein Cäsar, Carl der Große, Napoleon? Und gilt umgekehrt das gewordene neue Recht, welches an der Stelle der gesammten „Vergangenheit" positiv entstanden ist, nicht? Beispielsweise: die Aufhebung der Leibeigenschaft, der Zehnten und Frohnten seit 1848 in Deutschland, die Einführung, die Erweiterung der Volksvertretung von Ständen zu Repräsentationen des ganzen Volkes ꝛc.; noch früher die Aufhebung der Sklaverei ꝛc.? Sollten alle diese Rechte nicht gelten, weil die Vergangenheit die wahre Quelle des Rechts ist? Wir haben dies schon wiederholt berührt! — — So ergibt sich, daß, sowohl das Naturrecht, als das geschichtliche Recht einer gesammten Vergangenheit unserer beiden aprioristisch doktrinären Schulen: zum Theil bloße aprioristische Phrasen und nimmermehr nothwendig identisch mit den, oder Ausflüsse aus positiven Rechtsquellen des Gesetzes und Gewohnheitsrechtes ꝛc. der Gegenwart sind, welche beide wenigstens unbedingt die historische Schule selbst als die positiven Rechtsquellen anerkennt: Kurz, daß beide doktrinäre Schulen nicht quellengemäß sind!

Principielle Begründung anderseits des lebenden und praktischen Rechts im Allgemeinen. — 1. Dafür, daß dieses Recht berechtigt und nicht principlose Willkür ist, werden schon im Allgemeinen Gründe hoher Wahrscheinlichkeit sprechen! Sollten, in der Findung dieses lebenden Rechts ergraute Richter unserer höchsten Gerichtshöfe und gereifte Denker mit ihren Abweichungen von vergangener Geschichte wie von ungeschichtlichen Philosophemen, auch wenn sie ihre leitenden Principien, namentlich seit der Panik unseres Jahrhunderts niemals aussprechen, in der Pflichterfüllung ihres Urtheilens principielle Willkür üben wollen? Das, durch das hohe Verdienst J. A. Seuffert's ins Leben gerufene Archiv belehrt uns, daß die Urtheile dieser verschiedensten Gerichtshöfe vom deutschen Felse bis zum Meere materiell im Wesentlichen einheitlich zusammentreffen: Welch' merkwürdiger Zufall aber einer Rechtseinheit aus Laune und Willkür? Wo hat man es je gesehen, daß Tausende von Richtern aus gleicher, sie anwandelnder Laune allein zusammentreffen, ohne daß der eine doch die Laune des andern zuvor kennt? Soviel Köpfe, soviel Sinn ist doch sonst die Regel der Laune! Zudem entwickelt sich dies Recht völlig spontan, also unwillkürlich: Nicht unsere Praxis macht das Recht in ihren Gerichtsstuben; sondern es lebt in der geschichtlichen Uebung und Ueberzeugung unseres gesammten Volkes. Dies ist seine eigentliche Basis! Es entsteht, ohne daß wir Richter wollen und wissen wie: Wie der Baum des Waldes, wie die Pflanze des Feldes. Und doch sollten wir Richter so voll Willkür und Tücke wie Hochmuth stecken, daß wir, durch Doktrinäre von der Litteratur ausgeschlossen, zur Strafe ob seiner Pflege gemaßregelt, von ihm



Digitized by Google

noch immer nicht lassen wollen! Würden wir es da nicht weit bequemer finden, in behaglicher Ruhe, statt der rastlosen Bewegung der Geschichte und des Lebens mühsam zu folgen, uns mit Savigny's Schule behäbig in den ewig kristallhellen Quellen des classischen römischen Rechts zu baden und die gesammte Rechtsdarstellung den Lehrern unserer historischen Schule zu überlassen? Aber konnten, durften wir unter eigner Verantwortung alle doktrinären Vergewaltigungen und Entziehungen wohlerworbener Rechte unseres Volkes mitansehen? (§ 4 A 2c.) Gleichviel, ob es sich da um eine friedliche Entwicklung von Meinungen, oder um eine Weihestunde der Fortbildung eines Rechts und seines Begreifens, oder um einen schrillen Kampfesruf ums Recht handelt: werden diese Richter nicht dennoch glauben, in ihren Urtheilen und Präjudizien nothgedrungen so handeln zu müssen? Sei es infolge einer unwillkürlichen Stimme des innersten Gewissens, sei es infolge einer, mit dieser opinio necessitatis sich paarenden, unentwegten, dauernden Uebung? Sollte dies juristische Thun so sich nicht auch gefügig in altgewohnte, zwingende Formeln prägen lassen? Sollten sich darin nicht die Keime der inneren Gründe eines Juristen-, eines Gewohnheitsrechtes, kurz *Rechtsquellen* enthüllen?

2. Dann aber dürfen wir doch wohl aus dem Umstande, daß wir Praktiker wie die Doktrin seit Windscheid, welche das Präjudiz gleichfalls wieder adoptiert, der Principien dieses praktischen Rechts und seiner Schule uns bisher noch nicht klar *bewußt* waren, in keinem Falle folgern, daß in diesem Rechtfinden nicht dennoch höhere Gesetze wie eine Technik walten wird, welche nimmermehr Willkür, sondern eine Macht über uns geschaffen! Wir haben diese Frage bereits in der Einleitung (Ziff. 1, I a S. 2) gestreift: Einer *aprioristischen* Anschauung zwar ist ein unbewußtes Handeln undenkbar, einer *empirischen* aber nicht! Gerade dies ist Folge und Beweis der Unwillkürlichkeit eines Rechtslebens und Zwingens! Sind alle theoretisch noch unerkannten Gesetze des Lebens, welche deutsche Doktrin noch nicht entdeckt hat, und welche sie — a priori, ohne Erfahrung — niemals entdecken wird, deshalb schon bloße Willkür und deshalb nicht dennoch „gegeben" und bindend? Betrachten wir so doch die *alltäglichsten Gesetze* des Lebens! Jeder geübte Handwerker, jeder Steuermann, Wagenlenker, Schwimmer 2c. 2c. beispielsweise wird unbewußt, ohne Gesetze zu kennen, durch eine bloße Uebung, einer bestimmten Technik vor andern kundig, im praktischen Erfolge ein bestimmtes Ziel erreichen können, welches andere, noch so Hochgelehrte, nicht in gleicher Weise in technischer Erfahrung Geübte, vielleicht niemals erreichen! Bei dessen Verfolgung sie geradezu vom Ziele verschlagen würden! Unser eigner organischer Körper wird unwillkürlich athmen, leben und sich bewegen, wenn wir auch der, bei unseren Bewegungen, bei unserem Wachsen und sich Verändern, bei Gedeihen und Verfall maßgebenden „Gesetze" einer Bewegung uns vielleicht theoretisch physiologisch überhaupt niemals vollständig bewußt werden. Wissen wir, warum er

Digitized by Google

überhaupt lebt? Lebt er nicht auch ohne unser Wissen? Folgt also aus der Unbewußtheit all' dieser Gesetze, daß diese unsere Bewegungen alle von unserer „Willkür" geleitet werden? Daß wir nicht dennoch einem, uns früher oder jetzt noch unbewußten materiellen Gesetze unterliegen: einem Gesetze der Bewegung, einem Principe der Stetigkeit oder einer vis inertiae, dem Gesetze der Schwere oder Attraktion der Erde, inneren Verbrennungsprocessen, Zellenbildungen ꝛc.? Folgt hieraus nicht, daß hier auch eine formale Technik obwaltet, auch wenn sie noch niemand mit Worten beschrieben? Ganz ähnlich, wie diese alltäglichen Hantierungen, birgt aber nothwendig auch das alltäglich geübte, einheitliche praktische Recht seine, wissenschaftlich noch ungekannten materiellen Grundgesetze und eine formale Technik in sich, welche noch ihrer Schilderung harrt: Die bisherigen aprioristischen Rechtsschulen selbst haben unwillkürlichen und unbewußten Grundgesetzen gehorcht; z. B. die Naturrechtsschulen, indem sie schon oft nicht Naturrecht, sondern lebende Geschichte schufen, die historische Schule, indem auch sie sehr oft Naturrecht anwendete, (§ 1 Ziff. 5, S. 142 ff., 102 ff., § 7 A 2 β c ꝛc.) Wie diese bisherigen Rechtsschulen, warum sollte nicht auch die, bisher unbewußt gegebene praktische Schule ihre bisher ungekannten Grundgesetze und eine Technik ihres Rechtdarstellens in sich bergen? Ja ein Theil allen Rechts wird stets unbewußt verbleiben! Z. B. das Gewohnheitsrecht, eine der wesentlichsten Rechtsquellen des praktischen Rechts! In dessen Wesen liegt es sogar, auch ohne Bewußtsein von Gründen, durch tacitus consensus omnium allein, dennoch zu gelten. Z. B. wenn an irgend einem Orte ein 21—25jähriger Großjährigkeitstermin sich aus bloßer Gewohnheit bildet, wird diese Gewohnheit je sich durch Gründe bewußt rechtfertigen können, warum die Erreichung der Großjährigkeit gerade 21, nicht 22, 23—25 Jahre, einige Tage oder Monate mehr oder weniger bedarf? Schon die Natur bestimmter derartiger Rechtsstoffe, welche dem Gewohnheitsrechte unterliegen, kann eine besondere, fixe sein, welche niemals durch innere Gründe bewußt geregelt werden kann (§ 6 II B c): Auch unser praktisches Recht muß also Grundgesetze und eine Technik haben, selbst wenn diese beiden unwillkürliche und uns noch unbewußte Regeln sind!

3. Weiter hat der Verf. schon seit 1865 und hier wiederholt betont: wie die eignen Prämissen und Gleichnisse der historischen Schule von der Aehnlichkeit des geschichtlich gegebenen „Lebens" des Rechts mit dem Leben des Menschen, seiner Sitten, Sprachen, Verfassungen ꝛc. das geschichtliche „Gelten" des lebenden praktischen Rechts und seiner principiell berechtigten Gesetze decken und: consequent ergeben müssen! Ihnen consequent folgend wird die historische Schule gleichfalls anerkennen müssen, daß dies Leben des Rechts nicht durch ein aprioristisches Schaffen und Machen eines Unrealen, ähnlich dem Naturrechte, entstehen kann: ähnlich etwa, wie ein Huschke den, von Ihering und Bekker neuerdings wieder hervorgezogenen bovigus der



Digitized by Google

Vergangenheit a priori als gegeben construieren wollte, oder wie ja im großen Ganzen die historische Schule selbst ein Recht der „gesammten zum Theil todten Vergangenheit" a priori wieder zu einem lebenden „machen" zu können wähnte! — Deshalb, weil nach der eignen, wahren „Erfahrung" Savigny's alles Recht „lebt", hätte vielmehr diesem Meister nicht der fatale Schluß »a priori« passieren sollen, daß das reale Recht nicht lebt, sondern in der todten Vergangenheit gegeben sein müsse!! Führt dieser Schluß nicht selbst bis zum Lächerlichen? Gleicht er nicht der adeligen Dame, welche ihre Lebensgenossin ohne Stammbaum gar niemals für „geboren" erklärt? Ist er nicht unglaubliche, das Recht schädigende Romantik? Alles, (wie dereinst das vergangene), neuerdings erst gewordene, lebende und athmende Recht sollte a priori von einem Doktrinäre für nicht geboren und gegeben erklärt und gewaltsam revolutionär umgestürzt werden dürfen? Ist ein solcher Schluß möglich? Auch die Bewegung des Weltalls ist geschichtlich unwillkürlich gegeben, obgleich doch auch sie dereinst eine Lehre von Generationen verkannte. Sollte es deshalb jetzt noch nach Savigny Willkür sein, daß eine solche Bewegung sich auch im Rechte untersteht, sich in eine reale That zu übersetzen, und andere Ausführungsgesetze zu zeigen, als eine gesammte stabile Vergangenheit? Wenn umgekehrt anstatt einer Stabilität des Vergangenen so immer wieder auf einen Winter ein Sommer, auf Kälte neue Wärme, auf Eiseserstarren und Eisperioden von Millionen von Jahren ein neues Leben mit anerkannten neuen Produkten des Rechts folgen: werden dann die Gesetze und realen Consequenzen dieses geschichtlichen Lebens jetzt noch dem Befehle des Doktrinärs Windscheid mit der Lehre Savigny's (Pandekten § 9 Note 4) principiell trotzdem „auf Beachtung keinen Anspruch machen" können? — — So wird die eigne Consequenz einen Meister Savigny wie den, in verba seines magister eingeschwornen Windscheid zwingen, zu erkennen: daß die klassisch hehre Prämisse der Römer und Savigny's, wonach alles Recht lebt und sich bewegt, in der Lehre und Ausführung der Schule Savigny's selbst nur ein klassischer torso verblieben ist, welchem, wenn ausgegraben, noch immer die Gesetze, wie dies Leben sich bewegt, die aktionsfähigen Glieder, Hand und Fuß fehlen, um bei uns ein reales Vorbild für das Leben bieten zu können; wie der todte Buchstabe der Rechtssprache des vergangenen classischen römischen Rechts erst in eine, in dem Leben der Gegenwart gegebene und ihr verständliche Rechtssprache übersetzt und in dieser von neuem leben muß! Wie die Umkehr Savigny's von der Prämisse des geschichtlichen „Lebens" zur bloßen „Vergangenheit" ebendeshalb allein Willkür, Unwissenschaftlichkeit und: ungeschichtlich ist! Weil der Strom des Rechts geschichtlich nie zur Quelle, der Mann nie zum Säugling und Ahnen, die Frau nie zur Jungfrau der Vergangenheit zurückkehren wird!

4. Die nähere formale Begründung der Berechtigung des

Digitized by Google

praktischen Civilrechts. — Alle Anklagen in Wirklichkeit der bisherigen doktrinären Schulen gegen das praktische Recht schlägt radical schon formell das Gehorchen des praktischen Rechts gegenüber den, allein thatsächlich entscheidenden positiven Rechtsquellen! Diese Rechtsquellen nun sind von der zuletzt herrschenden historischen Schule unserer Doktrin selbst sogar mit Emphase gelehrt, soweit sie geschichtliche sind, nur nicht geübt! Wie gesagt, ist es insbesondere Savigny selbst, welcher alles Recht auf Gewohnheitsrecht (§ 2 III a) zurückführt: auf dieselbe Rechtsquelle also, auf welche sich eben die Neubildungen der Praxis in § 2 I 2 vorzugsweise stützen, welche Savigny's Schule doch so leidenschaftlich bekämpfte! Die weitere Rechtsquelle des Naturrechts zwar ist in einzelnen Formen, abgesehen von wissenschaftlichem und Juristenrechte, von dieser historischen Schule theoretisch in fanatischer Weise bekämpft. Thatsächlich aber ist Juristenrecht selbst Naturrecht! und ist auch diese Quelle so, wie wir sehen werden, eben im Juristenrechte von der historischen Schule von jeher angewendet (§ 7 A 2 β c). Und selbst wenn diese historische Schule ein Naturrecht an seinem richtigen Platze nicht anerkennen wollte: Was wäre die Folge? Daß es aus dem „naiven" Grunde doch, nach wie vor, zur Anwendung kommen müßte; weil ja eben da, wo eine Geschichte fehlt, oder exakter gesagt: wo die geschichtlichen Rechtsquellen (Gesetz oder Gewohnheitsrecht) nicht ausreichen, nothwendig eben dennoch ein geistiges Schaffen eines Rechtes aus einer induktiven natura und ratio eintreten muß: und dies Schaffen eines Rechtes ist eben das Wesen eines Naturrechtes! Im allgemeinen Gesammtresultate unterscheidet sich daher das praktische Recht von den beiden aprioristischen Schulen des Naturrechts und des geschichtlichen Rechts so nur durch formal correktes Handeln, nur dadurch, daß dasselbe alle unwillkürlich gegebenen und zwingenden Rechtsquellen gleichmäßig und in ihrer unwillkürlich gegebenen Reihenfolge (§ 6 II B b) anwendet, während die bisherigen doktrinären Rechtsschulen nur immer einzelne Rechtsquellen in extremer, grundloser Weise bevorzugen: Die Naturrechtsschulen nur die Quelle des, stets neues Recht schaffenden Naturrechts, des Juristenrechts; die historische Schule dagegen nur umgekehrt: ein altes Recht der gesammten Vergangenheit: überlieferte Gesetze oder ein theoretisch gelehrtes, praktisch nicht befolgtes Gewohnheitsrecht, so zwar, daß Savigny's System ꝛc. vollends sogar nicht einmal das, von ihm selbst theoretisch gelehrte Gewohnheitsrecht irgendwie vollständig anwendet, obgleich es die Praxis bereit legt, sondern faktisch fast nichts, als die frühere Gesetzgebung des rein römischen, canonischen und älteren Reichsrechts!

So bedürfen ja die Ausführungsprincipien unseres positiv lebenden und praktischen Civilrechts, welche dessen Berechtigung zeigen sollen, im Grunde nur eines einfachen Hinstellens und naiven Spiegelns der Rechtsquellen, welche namentlich die historische Schule selbst theils lehrt, theils aber tausendfältig übt, ein Hinstellen in einer so

Digitized by Google

einfachen, naiven Weise, wie etwa das Hinstellen eines Eies des Columbus! Ja noch mehr. In Wirklichkeit läßt sich bei einiger Ausdauer dies Sinnbild eines Columbus noch überbieten! Durch längeres Aufrechthalten eines Eies senkt sich dessen schwerer Dotter von selbst zur Spitze, und das Ei bleibt real selbst auf seiner Spitze stehen, ohne daß es des Zerbrechens seiner Schale bedarf: So auch hier in unserem Rechte! Auch hier kann sogar die Schale und Schule der Geschichte im weiteren Sinne bestehen bleiben! Denn die reale Geschichte selbst zeigt, daß neben der Geschichte im engeren Sinne (Gesetz und Gewohnheitsrecht) von jeher bei Mangel einer Geschichte: Naturrecht, d. i. Juristenrecht angewendet wurde. Deshalb ist auch die Anwendung von Naturrecht geschichtlich, und wir brauchen nicht einmal das Princip, die Schale der „Geschichte" zu zerbrechen, wenn wir eine realistische Schule eines praktisch lebenden Rechts ausbauen! — So aber erscheinen diese nothwendigen Grundgesetze des praktischen Rechts vielleicht so unscheinbar und alltäglich, daß ihre Darstellung doch wenigstens des mächtigen Hebels des Wissens: des gesunden Menschenverstandes nimmer zu entbehren braucht! So daß unsere, ohnehin kaum über Principienfragen allzu schreibselige Praxis ihr Recht vielleicht bisher einer principiellen Begründung wegen deren Einfachheit gar nicht bedürftig erachtet haben mochte, und diese das ständige fanatische (§ 3) Ankämpfen der Doktrinäre gegen ihre zwingende Wirklichkeit und Rechtsquellen weit eher in andern Gründen, in deren stümperhaften, gleichfalls unrealen Politik, den Staat durch Antiquitäten retten zu wollen, (§ 1, 4 II). suchen zu müssen glaubte, als in sachlich zu widerlegenden realen Gründen. — Dessenungeachtet aber waren ja diese so naiven Gründe der Praxis, trotz ihrer Einfachheit, immerhin von einer Tragweite und Wucht, daß deren Nichtbeachten unsere Lehre seit Jahrhunderten, seit einer Glosse von dem Leben und der Praxis spalten konnte und mußte! —

III. Specielle Begründung des praktischen Rechts auf legislativem wie auf positivem Gebiete.

1. Auch schon auf legislativem Gebiete lag ja der praktisch diktierte „Beruf unserer Zeit" zu einer drängenden nationalen Civilgesetzgebung infolge der aprioristischen Schulbedenken der älteren historischen Schule — seit 1814 bis zur Gründung des deutschen Reiches — in wissenschaftlichem Streite! Die historische Schule mußte, wenn sie ihre theoretische Herrschaft behaupten und ihr a priori aufgestelltes, falsches Ausführungsprincip: „das Recht ist durch die gesammte „Vergangenheit" der Nation gegeben", retten wollte, selbstredend den Beruf unserer Zeit zur Civilgesetzgebung fortwährend leugnen: Denn wozu auch ein Recht durch eine Gesetzgebung erst ändern wollen, wenn dasselbe ja doch durch die gesammte Vergangenheit allein schon bindend gegeben sein sollte, zudem in einem classischen römischen Rechte bereits positiv und unübertrefflich dargestellt? Schon im Jahre 1865 hat deshalb der Verf. u. a. zu zeigen versucht, wie mit

Digitized by Google

der Unwahrheit dieses Ausführungsprincipes auch die, hieraus sich ergebende Consequenz für unsere Gesetzgebung fällt! Das Recht ist nicht durch die Vergangenheit gegeben, sondern seine Herrschaft „lebt". Wenn das Recht auch zumeist in der Vergangenheit entstanden ist, so besteht doch sein Leben, seine Geltung oder Herrschaft anders und nur durch dies jetzige Fortleben innerhalb der Gegenwart, nimmer so, wie und durch das Leben der Vergangenheit. Da alles Leben sich bewegt und fortschreitet, so wird aber nicht abzusehen sein, warum eine einheitliche Gesetzgebung nicht diesen Veränderungen durch seine Gesetzgebung folgen, sie aufzeichnen, klar feststellen dürfen und müssen sollte, welche bisher nur willkürlich zerrissen in Partikulargesetzgebungen und in der Praxis geregelt waren!

Mehr Beachtung verdient, daß allerdings auf den ersten Blick auch die richtigen Prämissen des eben erwähnten Principienbaues Savigny's von dem Leben und der „Selbstentwicklung" allen Rechtes diese Leugnung unseres Berufs zur Gesetzgebung berechtigt erscheinen lassen könnten: Denn wenn sich das geschichtlich gegebene Recht bei normalen Verhältnissen, wie zu § 2 II gezeigt, in der That „von selbst bewegt" und entwickelt, warum dann wieder eine künstliche Gesetzgebung? — Zudem tadelt ja Savigny selbst nicht jede Gesetzgebung. Er selbst (Beruf unserer Zeit z. Gesetzg. u. R. 3. Aufl. 1840 S. 16, 17, 130, 131) billigt eine Gesetzgebung nicht nur im Processe, sondern auch im Civilrechte: bei höheren politischen Zwecken (Polizeibestimmungen des Civilrechts), bei Controversen, an sich außerdem bei schwankenden Bestimmungen, wie der Verjährung, zur Verzeichnung des Gewohnheitsrechtes. — Aber auch diese richtigen Prämissen Savigny's eben von der Selbstentwicklung des Rechts geben der Leugnung unseres Berufs zur Gesetzgebung, namentlich zufolge der concreten, bei uns gegebenen Verhältnisse, nur eine Scheinberechtigung! — Die Entwicklung der geschichtlichen Neubildungen von der Art des § 2 I 2 nämlich durch bloßes Gewohnheitsrecht ist vor allem an sich schon regelmäßig eine höchst mühsame und bestrittene. Sie bedingt nicht selten geradezu einen vorherigen Kampf seitens der widerstreitenden Interessen, mindestens gerade bei uns seitens der unpraktischen historischen Schule! Diese Entwicklung kann durch einen erleuchteten Gesetzgeber, welcher einsichtiger ist, als der Durchschnitt des Volkes und der Juristen gerade der historischen Schule, unzweifelhaft erleichtert werden. Z. B. früherhin: Die Aufhebung einer römischen Sklaverei, der germanischen Leibeigenschaft, eines Neubruch- und Blutzehntes, der Folter, des Hexenverbrennens, die Anerkennung der civilrechtlichen Neubildungen des § 2 I 2 überhaupt. — Weiter aber übersah Savigny eben gerade die concreten praktischen Verhältnisse in Deutschland; (§ 9), daß nämlich die, unter normalen Verhältnissen allerdings mögliche Selbstentwicklung hier ja eben durch die unzähligen „deutschen" Partikulargesetzgebungen bereits aus äußeren Gründen gewaltsam gehindert und künstlich, aus poli-

Digitized by Google

tischen Gründen zerrissen wurde. Wären diese Partikularrechte nämlich selbst je aus rein sachlichen Gründen eingeführt worden, so wäre schon der Umstand, daß diese Partikularrechte den, heutzutage einheitlichen Gedanken des berechtigten, nationalen Rechts durch ihr formales Zerreißen in zahllose Partikulargesetzbücher eben nur tausendfältig zerrissen, daß sie grundlose, willkürliche Verschiedenheiten durch ihre Fassung in willkürlich verschiedenen Partikeln so dauernd fixiert haben, daß ferner unbeholfene Machtsprüche zahlloser früherer Miniaturgesetzgeber dieselben auch noch nicht selten nur ungemein mangelhaft darstellen, ein sachlicher Grund zur Einigung! Dies aber schon fordert eine Entfesselung, statt einer längeren Fesselung des, bei uns geltenden Rechts, und eine Wiederherbeiführung der Möglichkeit einer künftigen Selbstentwicklung! Was hat es beispielsweise für einen Sinn, wenn zahllose Partikulargesetzbücher die Bestimmungen des Kaufes, den Satz: Kauf bricht Miethe, die Zeitbestimmungen über Verjährung, Großjährigkeit ꝛc. ꝛc., tausende solcher ähnlicher Partikel immer wieder willkürlich verschieden festsetzen würden. Schon diese bisherigen gewaltsamen Fixierungen hindern nicht nur eben die einheitliche, von Savigny geoffenbarte Selbstentwicklung durch Gewohnheitsrecht, sondern auch ein einheitliches Rechtsleben und eine einheitliche Wissenschaft wie Praxis. Dabei aber verfolgten diese willkürlichen Zerreißungen unseres nationalen Rechts, vielleicht die meisten dieser Partikulargesetzgebungen, wie gesagt, gar *nicht* sachliche Zwecke! Sie verfolgten dereinst *nur* den *politischen* Zweck, durch die Zerreißung desselben Gedankens wie unseres Rechtslebens der Eitelkeit und Machtbefugnis zahlloser früherer Territorialherrn Ausdruck zu verleihen und kleinliche Territorialgewalten zu stärken, welche jetzt gar nicht einmal mehr existieren, sondern längst mediatisiert sind! (Der Verf. hat ja bereits erzählt, wie solche kleine Territorialherrn um Nürnberg einen Strafkodex erließen, und zu Hinrichtungen die verwandten Geschlechter einluden, um den Glanz ihres Hauses zu zeigen!) Wie ganz im Gegentheile *gebieten* jetzt selbst äußere politische Gründe, gerade umgekehrt, das Bedürfnis nationaler Einigung; neben dem sachlichen Bedürfnisse der Vereinfachung des Verkehrs, neben dem Bedürfnisse der Einheit der wissenschaftlichen Bearbeitung, Rechtspflege und der gesammten Volkswirthschaft gebieten sie eine Wiedervereinigung über die früheren kleinlichen territorialen Grenzpfähle der einzelnen früheren Städte- und Landesgebiete hinaus geradezu! Diesen von Savigny noch begünstigten juristischen wie wirthschaftlichen Quälgeist eines Partikularismus waren ja bisher auch nur unsere Praktiker auf partikularistisch zerklüfteten Gebieten so recht zu durchkosten in der Lage, nicht unsere Doktrin! Schon 1865 hat deshalb der Verf. versucht, damals wiederholt diese ganze, in Deutschland fortbestehende nationale Partikularrechts-Misère greifbar vor Augen zu führen. Eine Wiederholung ist jetzt kaum nothwendig: Man darf jetzt getrost behaupten, daß auch

Digitized by Google

die öffentliche Meinung diese Leugnung unseres Berufes zu einer nationalen Civilgesetzgebung, bereits längst durch mächtigere Faktoren belehrt, einmüthig verurtheilt hat! Eine einheitliche Civilgesetzgebung ist so umgekehrt zugleich eine „Beseitigung tausendfältiger Willkür", von Antiquitäten und sachlichen Unvollkommenheiten!

2. Aber auch die positive Berechtigung, die Quellenmäßigkeit unseres praktischen Rechts und seines Präjudizes ist an der, namentlich von dem deutschen Reichsgerichte gebilligten Praxis jetzt im Einzelnen zu analysieren und nachzuweisen! — Zu diesem Nachweise würde wohl fast jedes der einzelnen Beispiele geeigenschaftet sein, in welchem dies praktische Recht von dem rein römischen und sonstigen Rechte der Vergangenheit der historischen Schule abweicht! (§ 2 I 2). Diese Institute wohl zumeist würden sich durch die, von der historischen Schule selbst nicht blos thatsächlich, sondern auch theoretisch anerkannten „geschichtlichen" Rechtsquellen, Gesetz und Gewohnheitsrecht, begründen lassen, mit welchen innere Gründe (Naturrecht) in Verbindung treten. Einem früher (§ 1 Ziff. 6) ausgesprochenen Plane gemäß, beschränken wir uns indessen auch hier wieder auf jene drei, rein praktischen, in der Praxis wohl am häufigsten angewendeten und rein in der Praxis entstandenen, Institute, welche der Verf. schon früher im Einzelnen nach ihrer Berechtigung untersucht hat*), ohne daß sie zuvor in den Systemen der historischen Schule durchgängig auch nur Anwendung fanden. Sind diese praktischen Institute, — im Gegensatze zu dem, von der älteren historischen Schule gelehrten, rein römischen oder sonstigen Rechte der gesammten „Vergangenheit" — berechtigt, so werden es auch die übrigen praktischen Institute von der Art des § 2 I 2 sein müssen. Denn die Gründe ihrer Geltung

*) Eine weitere Studie des Verf. „Zur Kritik der heutigen Negatorien- und Confessorienklage", Jena, Mauke's Verlag (Hermann Dufft) 1873 hat hier außer Betracht zu bleiben. Diese sollte nämlich umgekehrt lediglich, wenn man will, negativ construieren, i. e. destruieren, oder eine, sich hie und da als besondere Klage (sog. confessoria oder negatoria) gebachte actio beseitigen, innerhalb welcher eine historische Buchstabenjurisprudenz in Praxis wie Theorie in mechanisch grämlicher, fast pedantischer Weise die bloßen positiven und negativen Funktionen, das Ansprechen und Abwehren, welches fast jeder Anspruch zeigt, (das confiteri und negare) in verschiedenen Klagen des römischen Rechts als selbständige Institute aufzufassen suchte!! Die römischen Begriffe im Gegentheil: negatoria, negativa, contraria und prohibitoria actio einerseits, wie confessoria und directa actio anderseits, bedeuten so, im juristischen römischen Geiste aufgefaßt, bloße „Adjektiva" oder Eigenschaften der Klagen aus allen verschiedenen Instituten wohlerworbener Rechte; sowohl Klagen aus erworbenem Eigenthum, (dominium oder possessio) wie aus Servituten, Erbrecht ꝛc. Diese Kritik also sollte unserer Praxis nur eine freiere Bewegung zum Schutze der wohlerworbenen Rechte sichern und die Ansprache wie die Abwehr zu allgemeinen principiellen Regeln generalisieren, ohne daß diese nothwendigen Funktionen jeder Klage aus wohlerworbenen Rechten mechanisch entweder auf die Eigenthums- oder auf die Servitutenklage allein beschränkt würden. So sollte ein negare und confiteri für unsere Praxis als zulässig nachgewiesen werden, auch wo der Buchstabe des römischen Rechts dies nicht ausdrücklich gestattete. Diese Studie also sollte nicht ein neues Institut unserer Praxis begründen!

Digitized by Google

sind die gleichen: Sie mögen daher auch hier unsere Untersuchungen begleiten! — Diese sind bekanntlich: das Schmerzengeld; (m. vgl. des Verf. Untersuchungen über die heutige Schmerzengeldklage, Erlangen, Deichert 1860). Ferner: das Besitzrecht des sog. Detentor oder Inhabers; (dessen vollständige Litteratur, in welcher der Verf. innerhalb des gemeinen Rechts dies Detentionsrecht zuerst seit 1865 vertrat, s. oben § 2 IV II, Note * S. 225—226). Endlich: die, nicht eingetragene Genossenschaft; (m. vgl. die Abhandlung des Verf., welche dies Institut nach der Rechtsprechung des heutigen Rechtsgerichts systematisch darzustellen versucht, in Seuffert's Blättern für Rechtsanwendung 1885, V Ergänzungsband S. 129—182). —

Von diesen drei, in der Praxis häufig angewendeten Instituten wurde das, früher vor Einführung der Buße des Reichs-Straf-Ges.-B. vor allem in der Praxis häufige Schmerzengeld vor 1860 nicht von Savigny und auch sonst nur sporadisch erwähnt. Das praktische, wohlbegründete Besitzrecht des bloßen Detentor ohne animus domini vollends war vor 1865 durch Savigny's historische Besitzlehre nicht nur ganz aus der Doktrin, sondern sogar auch aus unserer Praxis vollständig verdrängt! Noch in den letzten Jahren weigerte sich beispielsweise Windscheid bis zu seiner sechsten Pandektenauflage, dies, selbst gesetzlich positive, lebende Recht wieder anzuerkennen! Die nicht eingetragene Genossenschaft endlich wurde zwar von unseren Germanisten, von unseren historischen Romanisten aber noch heutzutage kaum durchgängig anerkannt! — Verfolgen wir daher jetzt die materielle Begründung oder Construktion dieser drei einzelnen Institute zuerst im Einzelnen, dann als generelle Klagen, und dann deren formale Construktion!

a) Materielle Begründung des Systems des praktischen Rechts: Materielle Construktion.

α) „Einzelne" Fälle, in welchen ein „anderes" praktisches Recht materiell durch die geschichtlichen Rechtsquellen allein schon begründet ist, als das der historischen Schule; so zwar, daß es auch unsere blos subsumierenden Romanisten der historischen Schule schon nach deren bisherigen Grundsätzen hätten beachten müssen. In unseren drei Beispielen zeigt sich dies, wie folgt. — Das Schmerzengeld beispielsweise ist gesetzlich nur in dem einen Falle des Art. 20 und 31 der Carolina begründet gewesen, in welchem ein Richter unberechtigt foltert. Alle übrigen Anwendungen desselben beruhen auf Gewohnheitsrecht, welches aber für alle casuistischen Fälle des Schmerzengeldes nicht speciell nachweisbar wäre; (unten β.) — Das Besitzrecht des bloßen Detentor ist zufolge § 2 IV, II S. 228 f. „gesetzlich" begründet: im Besitzrechte des Lehensvasallen, im canonischen Pfründebesitze, im Faustpfande und beim Concursverwalter ꝛc.; ein Gewohnheitsrecht ließe sich nachweisen: in dem von Savigny irrthümlich (S. 239 f.) als römische possessio aufgefaßten sogenannten abgeleiteten Besitze ohne animus domini: des pignus, precarium, sequester; dann etwa noch:

Digitized by Google

beim Besitz unvertheilter Gemeindegründe, beim Besitze unter suspensivem Eigenthumsvorbehalte, bei Kirchenstühlen, beim Retentionsrechte ꝛc. Ein generelles Besitzrecht des Detentor war nach Note 1 S. 1 von Savigny's Besitzmonographie vor Savigny in der Bildung begriffen. Durch Savigny ist es zerstört worden, so daß nachweisbar ein generelles Gewohnheitsrecht nicht mehr bestand; z. B. nicht mehr beim Pächter, Miether ꝛc. — Die nicht eingetragene Genossenschaft endlich ist gesetzlich begründet etwa im Lehenrechte; im gemeinen Gewohnheitsrechte und in Partikulargesetzen: in der früheren Markgenossenschaft, der jetzigen Realgemeinde, bei unvertheilten Gemeindegründen, bei Ganerben, bei den noch bestehenden Condominaten der fränkischen Ritterschaft, welche sich ex pacto et providentia majorum nach Lehenrecht beerben, bei Zünften, Bruderschaften, Universitäten, soweit solche Vereine nicht juristische Persönlichkeit erlangt haben, bei ehelicher Gütergemeinschaft. Neuerdings bestehen auch wohl sonstige Vereine zu dauernden Zwecken gewohnheitsrechtlich als Genossenschaften, nicht blos als römische Societäten; so Feuerwehren, Museen, Herbergen zur Heimath, Kunst-, Lese-, Turnvereine ꝛc. ꝛc. Neben diesen Rechtsquellen tritt jedesmal wohl ein concludenter oder ausdrücklicher „Vertrag" für dieselben rechtsbegründend ein. Denn, sobald solche Vereine ihren constituierenden „Vertrag" zu dauerndem, über das Recht und Interesse der einzelnen Vereinsmitglieder hinausgehendem Zwecke schließen, vereinbaren sie damit wohl offenbar concludent, daß, solange der Zweck möglich, eine actio communi dividundo in das Vermögen des Wohlthätigkeitsvereines, der Feuerwehr, des Kunst-, Turnvereins ꝛc., und eine Auflösung, welche jedem einzelnen Mitgliede schon, wie einem römischen socius zustehen sollte, ausgeschlossen sein müsse. — Insoweit diese praktischen Institute nun auf den geschichtlichen Rechtsquellen des Gesetzes oder Gewohnheitsrechtes oder auf jedesmaligem Vertrage beruhen, liegt in ihnen offenbar eine bloße Willkür der Praxis nicht vor; ebensowenig ein juristischer Grund, warum die historische Schule solche praktische Institute nicht auch anerkannte und sich in ihnen von der Praxis spaltete! Aehnlich auch wohl in den übrigen Neubildungen der Praxis von der Art des § 212. Der historischen Schule bleibt also hier nur die Wahl: entweder ihre aprioristische Phrase der Geschichte einer „gesammten Vergangenheit" zu verlassen und sich mit der Praxis zu einen. Oder die, von ihr anerkannten Rechtsquellen des Gesetzes, Gewohnheitsrechtes nicht mehr anzuerkennen und sich fernerhin von der Praxis zu spalten! — Soweit von der Berechtigung des praktischen Rechts in einzelnen Fällen. —

β) Die Abstraktion und materielle Construktion „genereller" Klagen und ganzer praktischer Institute aus diesen einzelnen Anwendungsfällen. — Die Praxis construiert aber aus diesen einzelnen gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Fällen der lit. α ganze moderne Institute mit generellen Klagen: Ist nicht wenigstens dies „Willkür"?

Digitized by Google

So z. B. wenn sie aus dem einen Falle eines unberechtigten Folterns des Richters in Art. 20 und 21 C. C. C. eine generelle Schmerzengeldklage in jedem Falle einer schmerzhaften Klägerverletzung zuläßt? So wenn das Reichsgericht und die neueste Doktrin nicht blos in den einzelnen gesetzlichen und gewohnheitsrechtlichen Fällen sub α, sondern jeden Besitzer ohne animus domini schützt, solange er eine justa causa der Detention aufzuweisen hat; und zwar jetzt selbst den Pächter, Miether, Depositar ꝛc., für welche nachweisbar von der Praxis selbst nach Savigny länger kein Gewohnheitsrecht des Dententionsrechtes ohne animus domini mehr anerkannt wurde? Aehnlich in der, nicht eingetragenen Genossenschaft. — Die Antwort lautet: Die historische Schule selbst hat dies von jeher gethan: Es ist dies schon ein Gebot der bloßen Analogie: Die ratio des Civilrechts gebietet, daß das, was in einem einzelnen, nicht singulären Falle berechtigt, in andern analogen Fällen nicht unberechtigt erachtet werde! Auch hier somit liegt wieder keine „Willkür" der Praxis, sondern nur Inconsequenz der historischen Schule vor! Dieser bleibt so auch hier wohl nur die Wahl: entweder die positiven Vorschriften des Civilrechts über Rechtsquellen und Analogie zu verletzten und sich so länger von der Praxis zu spalten, oder, mit der Praxis einheitlich bei dem Vorliegen solcher casuistischer Gesetzes- oder Gewohnheitsrechtsbestimmungen auch neue Institute und generelle Klagen des praktisch lebenden Rechts von der Art des § 2 I 2 zuzulassen! Selbst auf die Gefahr hin, daß sie durch Anwendung dieser Analogie mit ihrem Schulprincipe doppelt zu brechen genöthigt ist, wonach alles Recht schon durch die Geschichte der „gesammten Vergangenheit" gegeben sein sollte! Denn diese Analogie ist einmal nicht eine Anwendung einer bloßen Geschichte, sondern zugleich ein Geistesschaffen; dieses Geistesschaffen aber aus Vernunft ist das Wesen eines Naturrechtes! Und zweitens ist das gewordene Produkt nicht eine „vergangene" Geschichte, sondern eine „lebende Geschichte" der Gegenwart, welche den Rechtsquellen entspricht. Darin prägt sich ferner formal das Wesen der andern, empirischen induktiven Methode des praktischen Rechts gegenüber der aprioristischen der historischen Schule aus, daß dieses Recht nicht a priori die Rechtsanschauung sich willkürlich erfindet, wonach nur „vergangenes" Recht noch geltend sein sollte, und unter dieses blos subsumiert, sondern daß es umgekehrt aus einzelnen quellengemäßen Anwendungen erst das Institut und Recht principiell folgert: ex jure, quod est, regula fiat!

So aber ist „positive" Construktion, auch da, wo sie bloße Analogie ist, eine Vereinigung von Geschichte und Naturrecht! Regelmäßig wird ein geschichtlicher Einzelfall bereits vorliegen müssen, welcher analog ausgedehnt und construiert wird. Entweder eine casuistische Gesetzesbestimmung, wie Art. 20 und 21 C. C. C. beim Schmerzengelde, oder eine Gewohnheitsrechts-Uebung, wie z. B. die Markgenossenschaft oder Realgemeinde ꝛc. als Vorbild für das Besitz-

Digitized by Google

recht des Detentor und die Genossenschaft, oder da, wo ein Gesetz oder Gewohnheitsrecht nicht entgegensteht, ein Präjudiz, welches sich bereits zur Geschichte verkörpert hat, (§ 7 B 2.) Liegt aber ein bloßes wissenschaftliches oder Juristenrecht vor, welches bisher noch nicht zur Geschichte geworden ist, z. B. ein wissenschaftliches Lehrbuch oder ein Commentar, welcher denkbare kommende Fälle im Voraus darstellt und construiert, so muß die Entscheidung wenigstens quellengemäß und geeignet sein, sich zur Geschichte zu verkörpern. Ist dies nicht der Fall, liegt bloße naturrechtliche Speculation ohne Rücksicht auf Rechtsquellen und reale Geschichte vor, welche sich nie zu einer Geschichte verkörpern kann, so liegt eine unpositive, werthlose Utopie vor: Jedes positiv lebende Recht bedarf zu einem realen Leben sowohl Geist als Körper, sowohl Naturrecht, als mindestens werdende oder doch mögliche Geschichte! Jedes Recht ist mindestens werdende Geschichte!

γ) Charakteristisches Wesen dieser materiellen Construktion bei Neubildungen: Mögliches Brechen mit der vergangenen Geschichte der historischen Schule. — Die Construktion von Neubildungen des Rechts geht über die bloße Analogie der historischen Schule hinaus und bricht so möglicherweise mit dem Rechte der gesammten Vergangenheit des Romanismus der historischen Schule. Diesen Satz hat der Verf. schon im Jahre 1860 (in seinen: Untersuchungen über die heutige Schmerzengeldklage. Nebst allgemeinen Erörterungen ꝛc., Erlangen, Deichert 1860 S. 78—79) zu vertreten versucht: Jede Analogie nämlich ist zwar stets zugleich eine Construktion; nicht aber umgekehrt jede Construktion stets bloße Analogie. Dies gilt von der Construktion eigentlicher Neubildungen!

Bekanntlich nämlich bewegt und ändert sich alles geschichtlich gegebene Recht infolge des Lebens des Rechts in dreifacher Weise: Bald mit den Thatsachen der sich bewegenden Geschichte, bald mit den geistigen Ideen, den Rechtsüberzeugungen der Völker (Naturrecht), bald mit dem Begreifen der Rechtskundigen (§ 2 II a). — Ist es nun der Fall, daß solche Neubildungen zwar im Leben des Rechts, im Volksleben wie in dem thatsächlichen Thun der Jurisprudenz einer Praxis oder Theorie, schon längst real gegeben, dieselben aber von den Juristen bisher noch nicht wissenschaftlich begriffen waren: dann bricht wenigstens das Begreifen der Wissenschaft mit der früheren historischen Anschauung des Rechts oder der früheren Un- oder falschen Wissenschaft. Dies Brechen mit einem Begreifen der Geschichte ist in unsern drei Beispielen, namentlich im Besitzrechte des Detentor und dem Genossenschaftsrechte gegeben. Durch das ganze germanische Mittelalter nämlich hindurch bis zur Gegenwart waren dieselben für das Rechtsleben, für Mein und Dein, für die Erreichung gemeinnütziger ꝛc. Zwecke von hoher Bedeutung. Unsere Jurisprudenz aber verstand diese Institute noch nicht nach praktischer Römerart mittels der formalen positiven Rechtsquellen aus dem realen materiellen Leben des Rechts innerhalb unseres Volkes auch wissenschaftlich zu erfassen, bis in ihnen

Digitized by Google

vereinzelt ein Bruch mit der wissenschaftlichen Methode unserer, seit der Glosse in der Wissenschaft herrschenden historischen Rechtsanschauung eintrat: Im Schmerzengeld namentlich seit Wächter ꝛc., im Besitzrechte des Detentor ohne animus domini, seitdem die Praxis und Doktrin die unmaßgeblichen Darlegungen des Verf. seit 1865 (oben Note S. 225—226) mit dem Mittelalter wieder adoptierte. Im Genossenschaftsrechte seit der Zeit Beselers. — Es ist aber auch denkbar, daß eine neue thatsächliche Geschichte mit uns geboren wird, z. B. in den Rechtsverhältnissen unserer, an die Stelle der antiken Sklaven tretenden freien Arbeiter, welche zu unserer Socialgesetzgebung geführt, in den Erfindungen von Eisenbahnen, Telegraphen, des neuen Fuhrwerkes des Velocipedes, in dem Aufkommen neuer Handelsinstitutionen vom Wechsel herab bis zu den jüngsten Checks und Warrants. — Oder es ist möglich, daß neue geistige Ideen, ein neues Naturrecht, entsteht, ohne daß sich die Thatsachen der Geschichte selbst ändern; wie eben in der Aufhebung der antiken Sklaverei, in Aenderungen der Begriffe von Ehre, welche Savigny's System selbst erwähnt, in der Aufhebung der Folter, des Hexenverbrennens ꝛc. In diesen beiden Fällen bricht nun die Neubildung des lebenden, praktischen Rechts, wissenschaftlich betrachtet, theils auf der Grundlage der geschichtlichen Rechtsquellen des Gesetzes oder Gewohnheitsrechtes, theils selbst auf Grund der primären Rechtsquelle eines Naturrechts, der höheren Sittengesetze ꝛc. (7 A 4) mit der Geschichte der gesammten Vergangenheit einer historischen Rechtsschule: Neues reales praktisch lebendes Recht von der Art des § 2 I 2 ist dann geschichtlich „gegeben" und tritt an die Stelle des alten der, hierin unwahren historischen Schule: Der Jurist aber, welcher solches im Leben unwillkürlich gegebenes Recht quellenwidrig nicht zuläßt und begreift, würde dem Professor der Botanik gleichen, welcher eine, real vor ihm liegende neuentdeckte Pflanze eben für nicht gegeben erachtet, weil sie sich in der Schablone seines Systems nicht vorfindet!

In dieser materiellen Construktion, welche die Praxis von jeher, die Roms wie die der Gegenwart, mindestens stillschweigend und concludent und selbst unsere heimischen Germanisten übten (z. B. in der Genossenschaft ꝛc.) schwanken unsere Romanisten der Gegenwart ungemein. Wie schon in der Einleitung 1 I, S. 6 ff., und zwar bereits in dem Beispiele des Schmerzengeldes, erwähnt: Selbst über die Grenzlinie der Analogie und des Rechts der gesammten Vergangenheit der historischen Schule: die Aquilia und die frühere germanische Strafklage oder doch actio mixta hinaus schufen Wächter, Ihering, und schließlich Windscheid auf rein praktischem Boden, in diesem einzelnen Falle somit bereits vollständig auf dem Boden einer praktischen Schule stehend, die moderne reine Ersatzklage des Schmerzengeldes, die Entschädigung in Geld: nicht wegen Vermögensbeschädigung, sondern wegen Schmerzen; ähnlich wie das heutige Recht ein Kranzgeld und bei Verlöbnisbruch, ganz ebenso, auch ohne Vermögens-

Digitized by Google

beschädigung, eine Vermögensentschädigung gewährt. Sie brachen und erweiterten so das „vergangene" Recht der antiken Aquilia überhaupt. Ebenso billigte die neueste Jurisprudenz concludent die übrigen Neubildungen der Praxis, indem sie dieselben mit dem Präjudize in ihre besseren Lehrbücher aufnahm. Dies hielt aber, wie erwähnt (§ 3 IV 4), noch einen schwankenden Windscheid nicht ab, die ersten Begründungsversuche dieser nämlichen realistischen und praktischen Methode der Römer wie der heutigen Praxis in anderen Fällen „principiell" zu verfolgen. Ebenso fand die Methode bei den übrigen Juristen unserer Doktrin niemals offene principielle Anerkennung, bis Ihering in dem, im Vorworte erwähnten Briefwechsel mit Fürst Bismarck die Nothwendigkeit dieser realistischen (praktischen) Methode principiell betonte, deren Consequenz eine andere Schule unseres Rechts ist (§ 5—7).

Die Fälle derartiger materieller Construktionen in den Neubildungen unserer drei Beispiele wie der übrigen praktischen Neubildungen des § 2 I 2 enthalten somit in der That zugleich eine petitio principii, welche nothwendig die Principienfrage in sich schließt, ob die historische Schule infolge ihres Schulprincipes, (wonach nur das Recht einer gesammten „Vergangenheit" Recht sein sollte), berechtigt ist, diese Bewegung des Rechts als eine unberechtigte zu verbieten. Die, wie gezeigt, hier allein positiv entscheidenden Rechtsquellen verneinen dies und geben den Bewegungen der Praxis mit dem sich bewegenden positiven Leben des Rechts überhaupt Recht. So aber ist jede solche Neubildung der Praxis von der Art des § 2 I 2 zugleich eine Cardinalfrage unseres Rechts, in welcher sich zugleich die ganze Methode einer wahren Schule wie in ihren Angeln bewegt. Jede ist gewissermaßen ein Archimedischer Punkt, von welchem der Jurist sagen kann: da mihi punctum, et movebo jurisprudentiam. Denn wenn auch nur eine dieser Neubildungen berechtigt ist, welche das Schulprincip der historischen Schule widerlegt, daß alles Recht nur durch die „Vergangenheit" der Nation gegeben sein sollte, muß die ganze historische Schule Hugo's und Savigny's stürzen, und eine bessere Schule dieses unwillkürlich gegebenen, realen Lebens des Rechts an ihre Stelle treten; eine Schule, welcher eine Praxis in Rom wie in der Gegenwart von jeher mindestens stillschweigend und concludent gefolgt ist! Niemals ist auch sie Willkür!

b) Die von den Römern vorgebildete formale Technik des praktischen Civilrechts: Formale Construktion.

Im Allgemeinen ist es nach dem Erreichen der materiellen Ordnung des Systems des praktischen Rechts und der materiellen Construktion unter III 2 a unsere Aufgabe, unser lebendes Recht, soweit es in Neubildungen der Praxis von der Art des § 2 I 2 besteht, gleichfalls zu formalen Begriffen neuzubilden. Dies haben wir mit „formaler Construktion" bezeichnet! Damit beschreiten wir ein Gebiet, welches, zwar ohne materiellen Einfluß auf das Recht,

Digitized by Google

wenigstens der Erleichterung des Rechnens unserer Jurisprudenz dient. Die Aufgabe der Technik dieser formalen Construktion ist die Begriffsbestimmung des Rechts; ihre Regel die jeder andern Begriffsbestimmung: nämlich die Angabe des genus proximum und der differentia specifica, d. i. des Grundes, warum hier eine besondere species vorliegt. Dieselbe ist eine ausschließliche Domäne des Naturrechts, welches aber, wie das empirische Naturrecht der Praxis überhaupt, gleichfalls nicht a priori auf Grundlage von, in vorneherein erfundenen Begriffen, sondern auf Grundlage einer Erfahrung der, unwillkürlich gegebenen natura der einzelnen Partikel und Institute des Rechts, sich auch zu formalen Begriffen des Systems und der Schule ausbaut; dieselbe ist so, als ein freies Gebiet der naturrechtlichen Technik, nicht ein Gebiet der ererbten Geschichte (§ 6 II B c 2, § 7 A 1). Denn ähnlich, wie uns keine Geschichte, kein Gesetz, keine Gewohnheit, keine Praxis gebieten könnte, das Schwarze für weiß, den Mann als Frau zu begreifen, könnte uns eine Geschichte commandieren, daß eine Obligation formal begrifflich ein Eigenthum, ein Besitz eine Obligation ꝛc. sein sollte. Nicht blos unsere Naturrechtsanschauung namentlich seit Thomasius, sondern auch schon die historische Schule seit Savigny, Gerber, Ihering hat so naturrechtlich construiert, und die freie Berechtigung dieser formalen Construktion ist wohl jetzt allgemein anerkannt. — Die formale Technik der Römer nun hat zwar die Begriffe ihres Systems bereits formal definiert. Sie liegen fertig vor uns, so daß wir jetzt kaum mehr ahnen, welche Mühe, welchen Schweiß deren Fertigstellung dereinst gekostet! Ihre Grundbegriffe von Sachenrecht, Eigenthum, dinglichen Rechten, Obligationen werden vielleicht im Allgemeinen nie durch andere ersetzt werden müssen. Wie unbeholfen aber im Uebrigen die formale Begriffsfeststellung der nachrömischen Zeit noch verblieben ist, sehen wir beispielsweise im Mittelalter, in der fehlenden Technik bei den mittelalterlichen Schöffensprüchen, in der Unzureichendheit auch der späteren Jurisprudenz noch, um das wichtigste Recht dieses Mittelalters, das Lehenrecht ꝛc., formal zu definieren, in der Unfähigkeit des, meist subsumierenden Savigny, das heutige Besitzrecht technisch zu begreifen (§ 2 II a γ und IV II), in der Unzulänglichkeit der Technik der Präjudizien der Praxis von heute, an den unfertigen Begriffen, mit welchen noch unsere neuesten Institutionen des Sozialrechtes, Arbeiterversicherungen ꝛc. vor uns stehen u. s. w. Der größte Theil wohl der Neubildungen unseres lebenden Rechts in § 2 I 2 ist noch nicht ausreichend definiert! Und auch diese formale Definition wird künftighin den gleichen Schweiß der „Arbeit" von uns fordern, welchen er seinerzeit unzweifelhaft den Römern gekostet!

Die Technik dieser formalen Construktion fordert von uns, daß wir auch die Begriffe des, jetzt lebenden und sich mit uns bewegenden und ändernden Rechts in Sprache und Schrift übersetzen! Sie ist die Kunst der Abstraktion des rechtlichen Gehaltes, des juristischen

Digitized by Google

Niederschlages der Rechtsverhältnisse, gleich dem Scheiden des klingenden Metalls von den umgebenden Schlacken, gleich der Lösung der Quintessenz aus den flüssigen Stoffen und dem Erkennen der Urstoffe und Elemente des Festen, sowie ein Belegen des Gefundenen mit technischen Namen, je nachdem dessen inneres Wesen sich von anderem unterscheidet. — Der Unterschied zwischen thatsächlichen und Rechtsverhältnissen ist wohl an sich schon klar! Wir bewegen uns z. B. als Reisende, als Spaziergänger auf fremdem Lande. Dann kommt noch kein Privatrechtsverhältnis in Frage; höchstens ein öffentliches. Wir wollen das Land aber occupieren, in der Absicht, es selbst zu behalten, darauf einen Weg oder ein sonstiges Recht zu unseren Privatzwecken zu erlangen. Dann entsteht ein Privatrechtsverhältnis. Wir lassen nun als Juristen alles, für das Recht Unwesentliche, die faktische Beschreibung von Land und Leuten, unseres sich Bewegens ꝛc. bei Seite, und belegen das Verhältnis juristisch im ersten Falle mit dem Namen Eigenthum oder Besitz, im letzteren mit dem Namen einer Servitut. Jede solche formale Construktion ist so auf einzelne Rechtsbegriffe zurückzuführen, welche sich von allen andern unterscheiden und keine weitere Scheidung zulassen, auf einzelne Rechtssätze und Institute, welche dann allerdings wieder mit höheren Regeln und Gattungen in Verbindung stehen. So ist eine Scheidung von Elementarbegriffen möglich! — Weniger juristisch durchgeführt noch ist nun die Begriffsscheidung innerhalb des Rechtsfalles oder des Präjudizes der Praxis. Ein Rechtsfall kann nicht blos eine, sondern er kann mehrere, ein ganzes Wespennest von Rechtsfragen umfassen. So die Voraussetzung oder Bedingung eines beanspruchten Rechts, dessen Klagegrund, Einreden, Repliken, Verjährung ꝛc. die formale Legitimation, Prozeßfragen ꝛc. ꝛc., in welchen sich die Rechte des einzelnen Rechts mit anderen Rechten kreuzen, und welche sämmtlich in ihre einzelnen Rechtssätze und Institute mit besonderen technischen Begriffen erst aufgelöst und formal besonders construiert werden müssen, um dann erst ihr organisches Zusammengreifen und Ueberwiegen durch Urtheil auch begrifflich feststellen zu können. Ein praktischer Rechtsfall ist so etwa einer Schach-Aufgabe zu vergleichen, deren Prozeß wie Situation des Obsiegens und Unterliegens von dem Einflusse verschiedener Kräfte und Faktoren mit verschiedenen Machtverhältnissen und Regeln bedingt ist. Auch im Schache aber hat die Technik diese verschiedenen Machtfiguren bereits mit verschiedenen technischen Namen belegt und sie formal construiert, so daß wir mit diesen technischen Namen mit Leichtigkeit rechnen und das procedere der materiellen Entscheidung schildern können. So, wenn wir beispielsweise sagen: Der Läufer setzt auf einem bestimmten Felde neben andern Machtfiguren den König matt. So ähnlich sagen wir z. B. im technisch construierten römischen Rechte einfach mit diesen selbstständigen technischen Begriffen rechnend: Der Klage aus dem Eigenthume steht in diesem oder jenem Rechtsfalle die Einrede aus



Digitized by Google

einer Servitut, aus dem Nutzgenusse, der Wegservitut, die Einrede der Verjährung ꝛc. entgegen, ohne als Juristen weiter der Bezeichnung des faktischen Materials zu bedürfen. Diese formale Construktion eben liegt bei jedem technisch kindlichen Rechte, wie einem Weisthume und Schöffenspruche des Mittelalters, wie bei mancher Neubildung der Praxis von der Art des § 2 I 2 noch nicht vor. Wegen dieses Mangels wußten wir bisher noch nicht, was der juristische Begriff eines privatrechtlichen mittelalterlichen Lehens, Savigny wußte noch nicht, was der Begriff der Neubildung eines heutigen Besitzrechtes, Schmerzengeldes, der jetzt sogenannten Genossenschaft ꝛc. ist. — Dies nun ist auch der Grund, warum unsere Präjudiziensammlungen heutzutage noch zu so massenhaftem Material anwachsen; während, wenn dies praktische Recht schon, wie das classische römische Recht, technisch formal construiert wäre, dies gesammte Material so compendiös mitgetheilt werden könnte, wie etwa die Fragmente der Justinianischen Digesten. Infolge der technischen Beherrschung mittels formaler Begriffe könnte aus ihnen noch viel faktisches Material ausgeschieden, könnten auch vielfache Wiederholungen derselben Rechtsfragen vermieden, und könnte die faktische Geschichtserzählung vielfach durch eine systematisch-begriffliche Rechtsdarstellung ersetzt werden. Die faktischen Massen würden durch eine technisch ausgebildete Jurisprudenz in classischen Fragmenten vom Faktum losgelöst, formal dem Juristen verständlich, in technischen Begriffen gezeigt werden; mittels derselben könnte dann der Richter wie die Theorie rechnen; das Material könnte alsdann eine praktische Theorie zu technisch vollendeten Hand- und Lehrbüchern zusammenstellen, welche, vom Faktum abstrahiert, das Faktum ganz entbehren können, wie etwa in dem bisherigen praktischen Satze: Die Schmerzengeldklage verjährt gemeinrechtlich in 30 Jahren. Das Urtheil selbst wird zwar seiner Geschichtserzählung, seines Thatbestandes niemals entbehren können. Aber auch hier ist bei einem technisch vollendet construierten Rechte die Schlußfolgerung eine vereinfachte. Der abstrakte Rechtssatz, der technisch „construierte Begriff" ist ihm der Obersatz, die concrete juristisch technische Abstraktion des einzelnen Rechtsfalls der Untersatz, und die conclusio ergibt das Urtheil. Diese formale römische Technik der Construktion wird also auch das praktische Recht überall da bei ihren Neubildungen wieder beleben müssen, wo eine solche noch nicht zur Anwendung kommt!

c. Nun das Zusammengreifen des materiellen und formalen Baues des praktischen Rechts: der materiellen und formalen Construktion unter a und b in System und Schule. — Die materielle Construktion des jeweilig lebenden, quellengemäßen Rechts und dessen Ausstattung mit formalen technischen Begriffen vereinigt, ergibt das vollendete „System" eines praktischen Rechts nach classischem römischen Vorbilde. In seinem untersten, oder wenn man will, obersten, principiellen Grundbegriffe aber, in der Frage: wie gilt das positive Recht überhaupt, (§ 1, 9 I S. 178) ergibt es die, unsere Rechtsfindung

Digitized by Google

leitende „Schule", welche uns auf realer, empirisch induktiver Grundlage vor den Abirrungen in bisherige, aprioristisch falsche Rechtsschulen rettet. Sie ist die ars juris der Römer! Sie construiert den lebenden Körper der Geschichte mit dem lebenden Geiste eines empirischen Naturrechtes (einer Natur der Sache) quellengemäß zu einem positiv lebenden Gesammtorganismus unseres jeweiligen Rechts. — Hier soll noch kurz gezeigt werden, wie unsere Gegenwart zu dieser Construktion zurückgeführt werden mußte. —

Zur Geschichte dieser Construktion der Gegenwart haben wir bereits erwähnt: Die Methode der classischen Römer ist in nachrömischer Zeit verloren gegangen. Die Lehrmeister dieser heutigen Construktion sind nach Gerber's treffenden Worten (S. 353) ebendeshalb erst wieder diese Römer! Sie aber gingen von jeher über die bloße Subsumtion der Glosse und unserer historischen Schule unter vergangene Geschichte ebenso hinaus, wie sie sich anderseits von einem blos einseitigen, geschichtswidrigen Geistesschaffen unserer nachrömischen Naturrechtsschulen fernehielten. Auf deren Schultern können wir jetzt das Recht weiterbauen! — Eine Ahnung von der Nothwendigkeit eines solchen Weiterbaues indessen zeigt vor Gerber bereits die Doppelnatur des großen Cunktators Savigny. Bald spricht er davon, wie es eine „Vollständigkeit" auch des Rechts gebe, welche sich durch einen Kunstausdruck der Geometrie klar machen lasse. „In jedem Dreiecke gebe es gewisse Bestimmungen, aus deren Verbindung zugleich alle übrigen mit Nothwendigkeit folgen; durch diese, z. B. durch zwei Seiten und den zwischenliegenden Winkel sei das Dreieck gegeben". (Sav. Beruf und Zeit Ziff. 3, 3. Aufl. S. 22.) An einem andern Orte (Sav. Syst. I § 20 S. 90 ff., 93 u. 95, cf. etwa § 29 S. 180) bemerkt derselbe weiter: Praktisch sei jede Forschung, welche sich nicht auf den Inhalt der Quellen (in Savigny's Sinne, auf das römische Recht ꝛc., cf. oben § II b β S. 211 f.) beschränke, sondern zugleich das Verhältnis dieses Inhaltes zu dem lebendigen Rechtszustand der neueren Zeit ins Auge fasse. Das, was als Umbildung römischer Institute vom römischen Recht abweichend vorliege, sei zum Theil gesunder Natur, aus neuen Bedürfnissen, veränderten Zuständen, Gerichtswesen, neuen christlich sittlichen Lebensansichten hervorgehend; dies sei als, auf wissenschaftlichem Wege anerkanntes Gewohnheitsrecht selbstständig vom römischen Rechte anzuerkennen. Dieser gesunde Bestandtheil des praktischen Rechts habe eine ganz andere Wichtigkeit. Er wirke nicht blos als Achtung gebietende Autorität, sondern er schließe in Wahrheit „neugebildetes" Recht in sich! (Hier erwähnt Savigny direkt die Construktion!) Dann sein prophetischer Blick in die Zukunft über seine Formbestrebungen hinaus! (Savigny Syst. I Vorrede S. XXXI): „Wenn wir gelernt haben werden, den gegebenen Rechtsstoff mit derselben Freiheit und Herrschaft zu behandeln, die wir an den Römern bewundern, dann können wir sie als Vorbilder entbehren!" — Noch näher tritt dieser „Neubildung" der Construktion



Digitized by Google

bereits Puchta (Pand. § 16 mit Vorlesungen). Denn eine materielle Construktion ist dasselbe, was dieser mit einer „Abstraktion eines Principes", hier also eines neuen Institutes, aus einzelnen casuistischen Fällen nennt. Er nennt diese Funktion des Juristenrechts: „Recht der Wissenschaft", bemerkt aber gleichzeitig, man könne diese, auf inneren Rechtsgründen beruhende Rechtsquelle auch Recht der „Praxis" nennen; nur wollte er diesen Ausdruck deshalb nicht wählen, weil das Recht der Praxis auch Gewohnheitsrecht bezeichnen könne. Die Aufgabe nun dieses seines Rechtes der Wissenschaft oder seines Juristenrechts aber ist ganz die gleiche, wie die der „Construktion". Dessen Methode sei: Die Nachweisung, daß dieselbe Folgerung schon unter gleichen Umständen im bestehenden Rechte vorkomme (Analogie), und die „Erschließung des Rechtssatzes aus den Principien, unter welche der Fall seiner Natur nach gehört (juristische Consequenz)". Dabei gibt Puchta weiter zu, daß diese Schaffung eines Rechts aus noch nicht geschichtlich (im Gesetz oder Gewohnheitsrecht ꝛc.) bereits gegebenem Rechte nicht eine „receptive", somit nicht eine bloße Subsumtion der historischen Schule, sondern zugleich eine „produktive" ist. Eine Produktion eines, noch nicht Geschehenen (der Geschichte) ist aber gleichfalls nothwendig zugleich ein Geistesneuschaffen des Naturrechts, welches jede Construktion mit sich bringt! — So vermitteln auch unsre größten historischen Juristen bereits die, nach dem Vorbilde der classischen Römer von Gerber und Ihering theoretisch wiederentdeckte Construktion, von welcher der Verf. (in seinen Untersuchungen über die heutige Schmerzengeldklage. Nebst allg. Erörterungen, Erlangen, Deichert 1860, S. 16 ff.) nachgewiesen, daß dieselbe, wenn auch nur thatsächlich und unbewußt, unsere Praxis von jeher gleichfalls übt, z. B. eben im Schmerzengelde durch Abstraktion aus Art. 20 u. 21 CCC. Und zwar haben bisher Praxis und Germanisten bereits materiell und formell, unsere Romanisten einschließlich Ihering's (oben § 1, 9 II S. 185 ff.), bisher leider blos formal, i. e. durch Nachprüfung der Begriffe des römischen Rechts ꝛc. allein, konstruiert, ohne noch auch die Neubildungen des Lebens über die gesammte Vergangenheit hinaus materiell zu erfassen!

Abgesehen von den Römern und unserer neuesten Jurisprudenz bietet für diese Construktion aber ein weiteres Vorbild: die Culturentwicklung unserer übrigen Wissenschaften außerhalb des Rechts! — Wie, nach Savigny, eine Mathematik in dem Lehrsatze eines Pythagoras, ebenso die Grundsätze eines Archimedes, die organische Chemie, wie die rastlos sich bewegende, nie in einer gesammten Vergangenheit stillstehende Geschichte überhaupt die Beachtung der Bewegung und Neubildungen auch des lebenden Rechts gebietet, haben wir bereits berührt. Ebenso, wie die organische Naturgeschichte uns Vorbilder bietet: wie wir die, im Leben des Rechts unwillkürlich entstehenden Neubildungen ebensowenig unbeachtet lassen dürfen, wie etwa der Botaniker, welcher neuentdeckte Pflanzen deshalb als nicht gegeben bezeichnen

Digitized by Google

wollte, weil sie noch nicht in seinem Systeme stehen! Daß wir nach Ihering verfahren müssen, wie der Naturforscher, welcher aus dem Auffinden einzelner Theile, Knochen und Zähne eines Thieres auf das Dasein des ganzen Thieres einen Schluß ziehen muß und dasselbe, real und empirisch, anders als die aprioristische Geschichte Huschkes ihren bovigus, reconstruiert. Am mahnendsten aber ist wohl immerhin die Vergleichung unseres Rechtswissens mit dem einer Medicin! Auch diese Heilkunde beherrschte ja dereinst der gleiche Autoritätsglauben an den Buchstaben eines Galen, Hippocrates, Paracelus ꝛc. wie unsere Buchstabenjurisprudenz die Autorität eines Papinian, Paulus und Ulpian über das Recht, welches doch lebt und sich bewegt! Dort wurde dieser Autoritätsglauben verdrängt durch die Beobachtung des Lebens am Krankenbette und die, allmälig sich ausbildende empirische Induktion von Schönlein herab zu Virchow, Pasteur, Lister, Koch und den Neuesten. Dort entdeckte Erfahrung und Mikroskop alsbald neue „geschichtlich lebende" und so real gegebene Krankheiten, Trichinosen, Bakterienbildungen: ähnlich wie dereinst classische römische Juristen Krankheitserscheinungen des Rechtslebens entdeckten und dagegen als Medicin neue Rechtsmittel schufen, welche noch heute mit dem Namen der Entdecker gefeiert werden: In unseren juristischen Hörsälen, zum Theil vor unseren Gerichten hören wir noch jetzt deren Namen: actio Publiciana, Pauliana, Serviana, Faviana, Calvisiana, legis Aquiliae, judicium Cascellianum, sc. Iuventianum, Libonianum, Macedonianum! Möge so auch unsere deutsche Rechtswissenschaft durch Wiedererfassen eben dieses quellengemäßen Lebens des Rechts sich wieder ähnliche Namen verdienen, wie dereinst classische Römer: Dadurch, daß auch sie wieder über das stagnierende Schulwissen der gesammten Vergangenheit hinaustreten wird, daß auch wir an Stelle eines quid pro quo, — welches Doktrinäre der historischen Schule schufen, deren Musterlehre die war, ein antikes Eigenthum der Vergangenheit für heutigen Besitz auszugeben, (§ 2 IV, II) — endlich wieder das reale Leben des Rechts begreifen!

Weiter haben wir oben zu § 4 S. 398 versprochen, die Construktion des Organismus des Rechts in seiner Aehnlichkeit mit dem Organismus des lebenden Menschen enigermaßen empirisch zu vergleichen, denn diese beiden sind die Träger eines Körpers und Geistes zugleich! Der praktische Zweck dieses Versuches soll hier sein, das Wesen der beiden elementaren, letzten, für uns scheidbaren Formen einer construktiven Darstellung zu erklären: ein Begriff der Rechtsinstitute und Rechtssätze, in welchen der Schwerpunkt jeder Construktion gelegen sein dürfte. — — Auch der Organismus des lebenden Menschencorpus nämlich zeigt zunächst α) „mechanische" Einzelgliederungen des Körpers, zunächst: die mechanischen Gattungsbegriffe von Haupt und Gliedern, von Füßen, Armen, Händen ꝛc. Diese Gattungen aber zeigen je wieder mechanische Unterabtheilungen oder Arten des Mechanismus, wie Haut, Muskeln ꝛc. ꝛc. und diese zerfallen wieder in

Digitized by Google

einzelne Fasern bis zu den für uns vielleicht als Organe untheilbaren Zellen herab. — Diese mechanischen Gliederungen des lebenden Körpers durchziehen alsdann aber β) gemeinsame feste und flüssige organische Gebilde, welche theils die Träger der körperlichen Kraft (des sich Bewegens, Handelns, der Ernährung und des Stoffwechsels), und theils die Vollstrecker des Willens und der geistigen Gedanken der Menschen zu sein scheinen, so daß Geist und Körper in das Leben einzugreifen vermögen. Dies sind zunächst wieder generelle Organisationen, theils feste, wie das genus des, mit Bändern zusammengefügten festen Knochengerüstes, theils die einheitlichen Arterien mit flüssigem Blute, welche den Stoffwechsel vermitteln, theils ein Nerven- und Gangliensystem, welches, vom Gehirn ausgehend, wie mittels elektrischen Fluidums der Vollstreckung des Wollens des Geistes zu dienen scheint. Diesen generellen Organisationen des ganzen menschlichen Körpers (für alle dessen mechanischen Theile) entsprechen alsdann, (für die zu α ebenerwähnten spezielleren mechanischen Gliederungen der Finger, Muskeln, Fasern und Zellen), wieder specielle organische Gebilde, die einzelnen festen Knochen, die einzelnen Venen mit flüssigem Blute und einzelne Nervenbündel ꝛc. — —

So ähnlich aber ist vielleicht auch das lebende corpus juris, der Organismus unseres lebenden Rechts, gebaut oder construiert sich zu denken. — Auch dieser zeigt nämlich zunächst α) mechanische Bestandtheile. Und zwar generelle mechanische Gliederungen, wie: Sachen-, Personen- Obligationen und Erbrecht. Jedes solches genus hat wieder mechanische species; das Sachenrecht z. B. enthält als Arten: die jura in re der Servituten ꝛc., die Obligationen enthalten specielle Obligationen: aus Vertrag, Delikt ꝛc. Und diese mechanischen species zerfallen alsdann endlich wieder in bestimmte einzelne, kleinste mechanische Gliederungen, welche für uns, gleich den Zellen des Körpers, zur Zeit wenigstens, wohl kaum weiter mechanisch scheidbar erscheinen, und so gewissermaßen die Elemente des Mechanismus darstellen. Dies sind die einzelnen Rechts-Institute. Solche Rechtsinstitute sind bekanntlich das Eigenthum, die einzelnen Servituten, die einzelnen Obligationen des Kaufes, Tausches, Darlehens, Pachtes, der Miethe ꝛc., die einzelnen persönlichen Rechte einer patria potestas, Vormundschaft ꝛc., im Strafrecht die einzelnen Reate oder Delikte des Diebstahls, Betrugs, der Tödtung, Körperverletzung ꝛc. ꝛc. Diese letzteren bilden wohl den wissenschaftlichen Schwerpunkt des mechanischen Baues, der mechanischen Construktion. — Neben diesen mechanischen stehen sodann auch im Rechte β) organische Gebilde, welche diese mechanisch trennbaren Gattungen, species und Einzelinstitute organisch durchziehen und die Bewegung wie Anwendung des Rechts ermöglichen werden. Es sind dies: die Regeln des Rechts. Theils generelle; diese heißen Principien des Rechts. So die allgemeinen Regeln des Rechts über Entstehung und Endigung, Klagenverjährung, Bedingungen, Voraussetzungen ꝛc. der Rechte. Dann die

Digitized by Google

Regeln, welche den mechanisch sich ergebenden species des Rechtes entsprechen, den Servituten, den Obligationen aus Vertrag oder Delikt mit dolus, culpa ꝛc. Dann die casuistischen Rechtssätze für die einzelnen Institute des Rechts, welche etwa den aus den Arterien sich verästelnden Venen ꝛc. des Körpers entsprechen, je besonders geregelt für die Institute des Eigenthums, Darlehens, Kaufes ꝛc. ꝛc.

Die untersten untheilbaren Gliederungen des „Mechanismus" des Rechts nun, die einzelnen Rechtsinstitute, sind vorzugsweise für die „Wissenschaft" in Praxis und Lehre von Bedeutung: Für die Frage nämlich, welche Gruppen von Rechtssätzen von der Wissenschaft zur Anwendung zu bringen sind; denn für jedes Institut, wie gesagt, z. B. das Institut des Eigenthums, Besitzes, kommen andere Gruppen von Regeln zur Anwendung, als für das Institut der Obligation des Kaufes, der väterlichen Gewalt ꝛc. Die untersten untheilbaren Gliederungen des „Organismus" des Rechts dagegen sind die casuistischen Regeln für die einzelnen mechanisch gegliederten Institute oder die einzelnen organischen Rechtssätze. Diese letzteren sind für das praktische „Leben" von direktem Einfluß, weil sich nach ihnen das concrete Recht des Rechtsuchenden im Rechtsfall bestimmt. — Was nun ein solcher casuistischer Rechtssatz (des Organismus des Rechts) ist, wie z. B. der Satz: das Eigenthum wird corpore et animo domini erworben, es verjährt in 1—30 Jahren, das Darlehen wird durch Zahlung getilgt ꝛc., bedarf wohl keiner weiteren Erklärung. — Zweifelhafter ist der ersterwähnte Begriff der untersten mechanischen Gliederung des Rechts, die Definition des „Rechtsinstitutes": die Frage, wann liegt ein bestimmtes Rechtsinstitut vor, so daß seine besonderen Rechtssätze — nicht die Regeln eines anderen Institutes — zur Anwendung zu kommen haben? Die Antwort dürfte nur in dieser Weise äußerlich zu geben sein: Die Erscheinung des Rechtsinstitutes ist unwillkürlich, real gegeben. Es ist eine geschichtliche Erscheinung, deren Grund wir ebensowenig erklären können, wie das Leben verschiedener Pflanzen ꝛc. Ein besonderes selbstständiges „Rechtsinstitut" liegt eben vor, soweit für ein einzelnes Rechtsverhältnis besondere, für andere Rechtsverhältnisse nicht gegebene Regeln oder Rechtssätze bestehen. — Das römische Recht bot dereinst ein weiteres historisches, äußeres Merkmal für das Vorliegen besonderer Institute des Civilrechts oder eines besonderen Reates, (Deliktes) des Strafrechts: Die Gewährung einer besonderen Klage, einer actio, eines interdictum etc. Jedes selbstständige Institut mußte nämlich dort in der classischen Zeit zugleich mindestens eine, oder auch mehrere Klagen haben. Dies erklärt sich wieder so. Früher hatten Nicht-cives in Rom kein Recht, das caput, die Person eines civis persönlich zu belangen; es bestand das Princip der persönlichen Rechte; jede Volksabstammung konnte zwar die Angehörigen ihrer eigenen Volksabstammung, der civis nur wieder den civis, der Angehörige einer fremden civitas außerhalb der Urbs Roma nur diesen persönlich verklagen, nicht aber die einer anderen Ab-

Digitized by Google

stammung. Etwa im 6. Jahrhunderte der Stadt wurde ein neues Verkehrsrecht zum Verkehre zwischen cives und Nicht-cives geschaffen, das jus gentium, dessen sich dann auch infolge seiner freieren Verkehrsformen die cives unter sich bedienten. Verfassungsmäßig aber konnte ein civis von einem Nicht-civis nur vor einem judicium von cives belangt werden. Zu diesem Zwecke schuf das römische Recht in bestimmten Fällen judicia des jus gentium, welche bei Betheiligungen von cives mit cives besetzt sein mußten. Der technische Ausdruck für diese judicia war damals die »actio«; dies besagt noch der Satz der römischen Quellen: actio est jus persequendi in »judicio«; die Namen der Publiciana, Pauliana actio und vieler anderer actiones ergeben hiefür Beispiele. So kam es, daß es zum Verkehre nach dem gemeinen Verkehrsrechte des jus gentium speciell nicht genügte, daß ein nudum pactum eines Peregrinen ꝛc. vorlag, welches allenfalls Nicht-cives unter sich obligierte, sondern es mußte ein, nach jus gentium mit einer actio = judicium ausgestatteter contractus des »jus gentium« vorliegen. Nur dann, wenn eine solche actio vorlag, war ein klagbares Recht gegeben; so war eine Klage in Rom das weitere Kriterium für das Vorliegen eines Rechtsinstituts. (V. des Verf. Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio, Erlangen, Deichert 1884 § 18 S. 212, 214, 220 ff. ꝛc.) — Heutzutage nun sind bei uns alle Verträge nach dem Territorialprincip klagbar für Fremde und Einheimische! Das Vorliegen eines selbstständigen Rechtsinstituts bestimmt sich deshalb heutzutage nur mehr sachlich eben daraus, ob für ein specielles Rechtsverhältnis besondere casuistische Rechtssätze vorliegen, andere, als für die übrigen Institute; Rechtssätze, welche dies Verhältnis demzufolge von den übrigen Rechtsverhältnissen als besonderes Institut zu sondern vermögen. — Jedes solches mechanisches Institut aber muß heutzutage von uns mit Zuhilfenahme der positiven Rechtsquellen innerhalb des heutigen Rechtssystems aus dem realen quellengemäßen Leben materiell erkannt oder materiell construiert, und überdies mit technischen Begriffen versehen, d. i. formell construiert, werden, um auf diese Weise die für, ein bestimmtes Rechtsverhältnis gegebenen organischen Regeln finden zu können.

Der Erfolg, die Wohlthat einer solchen materiellen und formalen „Construktion" eines, dem quellengemäßen jeweiligen Leben des Rechts entsprechenden praktischen Systems ist eben die Wohlthat einer Wissenschaft des Rechts gegenüber einer Unwissenschaftlichkeit überhaupt! (§ 4 a. A., § 4 D III.) Ein materiell wohlgeordnetes System, dessen Inhalt formal durch technische Begriffe beherrscht wird, wird sich beispielsweise vor allem materiell nicht so leicht widersprechen können, wie ein unwissenschaftliches! Bei einem mittelalterlichen Schöffenrechte, bei einer heutigen Präjudizienpraxis, welche nicht von einem wissenschaftlichen Systeme beherrscht ist, können sich die Rechtspartikel weit leichter materiell widersprechen, als in einem Systeme: Durch dieses werden auch, sich constant widersprechende Urtheile unserer

Digitized by Google

Praxis leichter vermieden werden! — Infolge der formalen Technik, welche jede Neubildung mit technischen Begriffen ausstattet, wird ferner umgekehrt die Beherrschung der bisherigen Rechtstoffe auch für die Praxis wie für die Theorie erleichtert. Denn ein wissenschaftlich wohlgeordnetes System läßt sich leichter beherrschen, als ein Chaos von mittelalterlichen Schöffensprüchen oder modernen Präjudizien. Der Verf. erinnert sich da noch sehr wohl, mit welchen Schwierigkeiten unter der vollen Herrschaft einer, von der Praxis gespaltenen historischen Schule, welche die wissenschaftliche Darstellung des Rechtes der Praxis gewaltthätig verhinderte (§ 3), die Judikatur dieser letzteren bei Neubildungen zu kämpfen hatte, solange damals selbst auch Seuffert's Archiv und Blätter für Rechtsanwendung die Abweichungen des praktischen Civilrechts (§ 2 I 2) noch nicht so ausgebaut hatten, wie später, um wenigstens nach der Vorarbeit eines Präjudizes in einer Litteratur suchen zu können. In den häufigsten Neubildungen der Praxis, z. B. in der, vor Wiedereinführung der Buße des Reichs-St.-G.-B. sehr häufigen Schmerzengeldklage, konnten ältere Praktiker, um deren bestrittene Casuistik nicht immer wieder von Neuem begründen zu müssen, zur Erleichterung etwa nur auf das Rubrum von Vorakten verweisen; an eine, die Entscheidung erleichternde praktische Wissenschaft innerhalb der Litteratur war damals nicht zu denken! Statt also die Frage in einem wissenschaftlichen Handbuche gelöst zu finden, mußten infolge der Unfähigkeit unserer historischen Doktrinäre, das positiv lebende Recht darzustellen, die Controversen des Schmerzengeldes entweder ab ovo jedesmal von der Praxis neugelöst, oder wenigstens jedesmal Bände älterer Akten durchstudiert werden!! Selbst aber in Präjudizienſammlungen leidet noch die Oeconomie der Darstellung gegenüber einem von klaren Principien beherrschten praktischen Systeme, weil der Rechtsfall eben stets unnöthiges faktisches Material und unnöthige Wiederholungen derselben Rechtsfragen bieten muß. Das System allein kann die fortbestehenden älteren generellen wie casuistischen Regeln auch für die Neubildungen der Praxis ausnützen, ohne deren zwecklose Wiederholungen nothwendig zu machen: Zu den überlieferten Regeln treten dann nur die verhältnismäßig wenigen neuen Regeln der praktischen Neubildungen hinzu. Z. B. für eine Genossenschaft bleiben alle Regeln der römischen societas, mit Ausnahme der Lösung, der actio communi dividundo durch jeden Einzelnen, und der Majoritätsbeschlüsse. Ebenso erleichtert eine praktische Wissenschaft das Begreifen und Beherrschen des lebenden praktischen Rechts für kommende Fälle: bei dem fortwährenden neuen Auftauchen von praktischen Neubildungen, bei welchen ein mechanisches Subsumieren unter ausgegrabene todte antike Formeln wieder nicht möglich ist! ꝛc.

Die Art der wissenschaftlichen Construktion eines praktischen Systems unterliegt den allgemeinen Regeln, welche, bei dem quellengemäßen sich Bewegen und Fortschreiten des lebenden Rechts über-

Digitized by Google

haupt, auch da eintreten muß, wo niemals ein fremdes Recht recipiert wurde, sondern das eigene nationale Recht des Volkes (durch Veränderung der thatsächlichen Geschichte, der Ueberzeugungen und des Begreifens, § 2 II a) sich gleichfalls verändert. Auch hier wird gemeinrechtlich das fertige System des römischen Rechts zu Grunde gelegt werden können, das Fortbestehende erhalten werden und nur da eine „Aenderung" eintreten müssen, wo die Rechtsquellen bald ein bloßes adjuvare und supplere, bald aber ein corrigere und Sprengen des bisherigen Systems gebieten. Die Nothwendigkeit solcher Correkturen und Sprengungen des eigenen Rechts durch die Römer ist aus den Veränderungen, welchen ihre eigenen XII Tafeln unterlagen, aus der Ausbildung ihres völlig neuen gemeinen Rechts des jus gentium seit dem 6. Jahrhunderte der Stadt, aus der Jurisdiktion des Prätors, aus den Neubildungen mittels der Rechtsquellen noch jetzt verfolgbar. Wie z. B. ihre Wissenschaft das Institut des Kaufes in die zwei Institute des Kaufes und Tausches auflöste (§ 2 J 3, 24); wie sich aus dem Aushülfedelikte der injuria die einzelnen Delikte, das damnum injuria datum der römischen Aquilia, Polizeidelikte ꝛc. ꝛc. loslösten und spalteten. — In gleicher Weise fordert auch das Leben des Rechts in der Gegenwart eine fortwährende materielle und formelle Construktion von mehr oder weniger eingreifender Art. Der moderne Satz z. B.: Kauf bricht nicht Miethe, wird lediglich einen casuistischen Rechtssatz der Miethe modificieren; das Institut der Miethe bleibt im Uebrigen durch ihn technisch unverändert. Anderes modernes Recht aber setzt neue Institute neben die antiken römischen: so deutschrechtliche Servituten neben die römischen, eine moderne societas der Genossenschaft neben die alte. Andere praktische Institute beseitigen die früheren zum Theil. Der deutsche Satz „Hand muß Hand wahren" bricht mit der römischen vindicatio, indem er Mobilien für fungible Sachen erklärt und die vindicatio ausschließt, die moderne Reallast setzt neben die obligatio personae eine obligatio rei, welche auf jeden dritten Besitzer übergeht, das praktische Besitzrecht sprengt die romantische Lehre der historischen Schule in zwei Institute: Eigenthum und Detentionsrecht, die Schmerzengeldklage Wächter's sprengt den Begriff der Aquilischen Ersatzklage, so daß sie, diesen Begriff erweiternd, nicht blos wegen Vermögensbeschädigung, sondern auch ohne Vermögensbeschädigung Ersatz bieten muß. — — In dieser Weise werden wir jetzt zu unseren drei gewohnten praktischen Instituten zurückkehren, um an diesen die Wirkung der materiellen und formalen Construktion näher vergleichen zu können, welche auch sie in das System unseres geschichtlich lebenden Rechts einzufügen hat. (Deren materielle Berechtigung durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht, zunächst in einzelnen Fällen ist ja in § 5 III 2 a α, und infolge Analogie wie Construktion als generelle Rechtsinstitute in § 5 III 2 a β, bereits nachgewiesen.)

α) Schmerzengeld. — Materiell ist dieses, nach dessen

Digitized by Google

wohlberechtigter, seitdem in der gesammten Praxis und Theorie gebilligter Construktion Wächters, (Die Buße, 1874, v. oben Einleitung 1, S. 6—12): ein Ersatz in Geld für schmerzhafte Körperverletzungen. Die formelle Construktion Wächters sprengt, wie gesagt, das Delikt der Aquilia und erweitert es gemeinrechtlich so, daß es nicht blos Gelderſatz für Vermögensbeschädigung, sondern auch gewohnheitsrechtlichen Gelderſatz ohne Vermögensbeschädigung wegen schmerzhafter Körperverletzung, wie wegen Kranzgeldes und Verlöbnisbruch, gewährt. Dessen genus proximum ist so eine obligatio ex delicto. Dessen differentia specifica ergibt jetzt das aquilische Delikt in dieser Erweiterung selbst, d. i. es unterscheidet sich von den übrigen Delikten wie das Aquilische Delikt selbst. Die juristische Folge dieser formalen Construktion ist, daß das Schmerzengeld jetzt gemeinrechtlich einfach unter die Casuistik dieser Aquilia zu subsumieren ist. In den beiden deutschen Civilgesetz-Entwürfen nun von 1888 (§ 728, 721) und von 1894 (§ 770) sind für das Schmerzengeld besondere Rechtssätze über Cession des Anspruchs und dessen Uebergang auf die Erben festgestellt. Abweichende Rechtssätze für ein Institut oder Reat machen dasselbe zu einem selbstständigen Institute oder Reate. (S. 519.) Consequenz dieses Umstandes wird also sein müssen, daß das Schmerzengeld im kommenden Reichsrechte als selbstständiges Institut wieder nicht mehr, wie jetzt gemeinrechtlich unter das Aquilische Delikt zu subsumieren sein wird, sondern daß die Casuistik des letzteren auf das erstere nur analog wird übertragen werden können.

β) Besitzrecht des Detentor. Nach dessen oben zu § 2 IV II versuchter materiellen Construktion ist dasselbe das dingliche Recht, eine fremde Sache insolange faktisch zu besitzen (innezuhaben, zu detinieren), als eine rechtlich zulässige causa dieses Innehabens besteht; z. B. Pfründebesitz, Concursverwaltung, Faustpfand, unvertheilter Gemeinderechtsbesitz, Besitz unter suspensivem Eigenthumsvorbehalte, usus-fructus, Retention, Depositum, Pacht ꝛc. — Die formale Construktion zeigt dasselbe als ein accessorisches jus in re aliena; ähnlich accessorisch, wie die accessorische Ueberlassung der possessio des pignus oder die accessorische obligatio des Bürgen. Dasselbe nämlich entnimmt dem fremden Eigenthume (dominium oder possessio), diesem Inbegriffe aller denkbaren Rechte über eine Sache, das einzelne Recht, die fremde Sache faktisch zu detinieren, und gewährt dies Recht solange dem Detentor, als eine der obigen causae des Inhabens das letztere gestattet. Weil dies Recht mit dem Aufhören der obigen dinglichen oder persönlichen causae endet, erscheint dasselbe ein blos accessorisches. Sein genus proximum ist somit ein dingliches Recht überhaupt. Seine differentia specifica von dem historischen faktischen Eigenthume der possessio (§ 2 IV II) ist: der Mangel eines animus domini infolge des bloßen animus, die fremde Sache faktisch zu besitzen oder innezuhaben und infolge hievon einer Reihe von anderen casuistischen Rechtssätzen, (oben S. 248—250). Von den übrigen dinglichen Rechten,

Digitized by Google

den Servituten ꝛc. unterscheidet es wieder die blos accessorische Natur seines Besitzrechts, der Umstand, daß dies Recht nur in dem Rechte, faktisch zu besitzen, besteht, welches von einer andern dinglichen oder persönlichen causa bedingt ist, während sonstige dingliche und persönliche Rechte, usus, usus fructus, Pacht, Pfründe ein principales Recht in sich schließen, die Sache selbst zu nutzen ꝛc.

γ) Die nicht eingetragene Genossenschaft. — Deren materielle Construktion zeigt dieselbe als einen Verein (societas) zu dauerndem, über das Interesse und Recht der gegenwärtigen einzelnen Vereinsmitglieder hinausgehenden Zwecke. Deren formale Construktion zeigt dieselbe als eine „moderne societas". Das genus proximum ist eine societas, eine obligatio aus einem Consensualvertrage. Die differentia specifica unterscheidet dieselbe zunächst von der juristischen Person. Diese ist nach der bisherigen Praxis des deutschen Reichsgerichts die jedesmalige Verleihung eines „Privilegiums" an einen Verein durch specielle Concession von Seite des Staates, zufolge dessen nicht die Privatpersonen eines Vereins, sondern eine dritte, moralische oder juristische Person berechtigtes Subjekt ist; mit der consequenten praktischen Folge, daß auch für Verpflichtungen nicht mehr die einzelnen Vereinsmitglieder mit ihrem Privatvermögen, sondern nur das Vereinsvermögen haftet. Ohne specielle Concession keine juristische Person! Von der römischen societas unterscheidet sich die deutsch-rechtliche Genossenschaft dadurch, daß die Societät im modernen Rechte sich jetzt in zwei verschiedene Societäten spaltet: in die frühere römische im bloßen Einzelinteresse der Vereinsmitglieder, und in die moderne „Genossenschaft zu dauerndem, über das Recht der jeweiligen Mitglieder hinausreichendem Zwecke", so daß auch Dritte in die Vereinsrechte eintreten können. Diese beiden Societäten unterscheiden sich jetzt als selbstständige Institute durch verschiedene casuistische Rechtssätze. Die römische Societät fordert: Lösbarkeit, Vermögenstheilung auf Antrag, und Consens seitens jedes einzelnen Vereinsmitgliedes. Die Genossenschaft dagegen; Unlösbarkeit, Ausschluß der actio communi dividundo auf bloßen Antrag einzelner Vereinsmitglieder und Maßgeben von Majoritätsbeschlüssen in Verwaltungsangelegenheiten. So das Gewohnheitsrecht der bisherigen Lehens-, Mark-, Gemeindegenossen ꝛc. Von den übrigen „eingetragenen" Vereinen des Reichsrechts und der Partikulargesetzgebungen unterscheidet sich diese gewohnheitsrechtliche Genossenschaft bisher darin, daß sie eines Registereintrages nicht bedarf, anderseits aber auch der Privilegien der eingetragenen Vereine nicht theilhaftig ist. Ein Mittelding endlich zwischen societas und juristischer Person, d. i. zwischen der Nichthaftung der Vereinsmitglieder einer juristischen Person und der Haftung der Mitglieder einer societas ist logisch gleichfalls undenkbar.

Aehnlich wird jedes, von dem vergangenen ꝛc. Rechte der bisherigen aprioristischen Schulen abweichende Recht des Lebens und

Digitized by Google

der Praxis, soweit es den positiven Rechtsquellen entspricht, materiell und formell construiert und in ein System dieses Rechts eingefügt werden müssen. Das hiedurch zu erreichende Ziel ist das, der Gegenwart nach § 1, 1 und 2 gesetzte doppelte: ein berechtigt lebendes Recht nach Römerart und die Einigung unserer Theorie und Praxis!

IV. Als vorläufiges Resultat ergibt sich die Unberechtigung der „Anklagen" der bisherigen aprioristischen Rechtsschulen gegen das praktische Recht wegen Willkür! — Wie am Eingange dieses Paragraphen gezeigt, sind die positiven Rechtsquellen das „einzige" Kriterium für die Berechtigung eines geltenden Rechts. Diese haben ergeben, daß weder eine Naturrechts- noch die historische Rechtsschule den Quellen ganz entspricht: Den sämmtlichen Rechtsquellen vielmehr gehorcht allein das praktische Recht. So erscheint dieses allein berechtigt und entfällt die Anklage wegen Willkür. Schon bisher mußte das lebende und praktische Recht je zur Hälfte von jeder der beiden bisherigen Schulen als berechtigt anerkannt werden, von der historischen wie von der Naturrechtsschule, weil es je zur Hälfte Geschichte und Naturrecht zeigt! Ueberdies wird jetzt auch im Uebrigen der Beweis geliefert sein, wie das praktische Recht sowohl den Geist des Naturrechts, als den Körper der Geschichte organisch in sich vereinigt, und wie es in beiden Beziehungen durch die Rechtsquellen begründet ist: Die von der historischen Schule schon bisher selbst anerkannten Rechtsquellen führen so über das vergangene Recht der historischen Schule hinaus!

Diesen positiven Rechtsquellen vermag sich aber nicht blos eine ausübende Praxis unserer Gerichtshöfe, ihnen vermag sich auch die Wissenschaft jedes Einzelnen unterzuordnen. Jede Wissenschaft, jeder einzelne Jurist ist in der Lage, diese Rechtsquellen ebenso zu begreifen, wie die ausübende Praxis (§ 3 IV 3, S. 361—366); so in das innere Heiligthum unseres Rechts einzudringen, dort als sacerdos justitiae sich zu legitimieren, dort dem lebenden Rechte die Wege zu weisen und auf erfahrungsgemäßen Pfaden den Weg fortzusetzen, welche antike Classicität einzuschlagen begonnen: um so als fungibler Einzelner unentweihten, segenvollen, allein realen Gesetzen des Rechts dienstbar zu sein, ohne Willkür zu üben! Dort wird jeder Einzelne wie auf, ohnehin geneigten Hängen des Geländes unserer nachbarlichen Alpen, gleich dem kleinen Stein des Anstoßes, sich selbst zerreibend, so manches blühendes heimisches Gefilde etwas eher vom Winterschnee befreien können, als dies nach dem Laufe der Dinge bei Frühlingsnähe ohnehin und von selbst geschehen müßte. Bald wird er mit muthvollem, opferbereiten Blicke durch Ausdauer über die Hemmnisse der Interessen, der vis inertiae und Vorurtheile, welche sich als Wegelagerer an dem Wege aufhalten und ihm Wegegeld abfordern, hinwegblicken müssen. Bald wird er da möglicherweise selbst, wie eine harmlos summende Fliege, gesengt von der nochmals auflodernden Flamme eines alternden, ersterbenden Fanatismus einer historischen

Digitized by Google

Rechtsanschauung, vielleicht gerade von Fachgenossen, welchen er am meisten genützt, das Zeitliche segnen: Dennoch wird er nie einer Willkür, sondern einzig und allein unentwegten Gesetzen einer, von einer Schöpfung über uns gefügten Ordnung gehorcht haben! Auf diese Weise glaubt der Verf. die schweren Anklagen unserer extremen Rechtsschulen beschwichtigt und das praktische, real lebende Recht — zunächst selbst aus den eignen Gründen einer historischen Schule schon — begründet erachten zu dürfen! — Wir werden nun den Weg einer induktiven Erfahrung weiter verfolgen müssen, auch da, wo uns vielleicht Gründe einer historischen Schule im Stiche lassen! —

## § 6. Versuch einer Ermittlung und Weiterbildung von materiellen und formellen Prinzipien einer praktischen Rechtsschule unmittelbar aus einer Erfahrung des, im positiven Leben des Rechts Geltenden.

Vorbemerkung: Im weiteren Verlaufe unserer Untersuchungen werden uns: historische Schule, Lehre und Urkunde einer „Vergangenheit" mehr und mehr im Stiche lassen. Hier vor allem werden wir den Boden einer „reinen Erfahrung" des geschichtlich positiven Lebens unseres Rechts betreten müssen: einer Empirie, welche uns bei dem Mangel jeder andern Norm zum positiven Rechte geleiten kann! (§ 1 4 I γ a S. 74 ff.) Und dennoch werden sich uns nicht blos lebende casuistische Präjudizien, sondern auch „Gesetze" dieses positiven Lebens eines Rechts künden, welchen wir folgen müssen, selbst wenn uns aprioristische Doktrinen dies abwechselnd verwehren wollten: — Es handelt sich jetzt um die nähere Begründung unseres thema probandum in § 1, 5 III a. E.: um die Art der Vermählung von Naturrecht und Geschichte! —

Ob wir nun solchen Erfahrungssätzen, abgesehen von jener Erfahrung, welche Recht zeigt, gleichfalls weitere positive Grundlagen nach bisheriger Anschauung würden vindicieren können? Auch hier nun werden uns bald wieder positiv anerkannte Rechtsquellen unterstützen: bald Juristen-, bald Gewohnheitsrecht; bald wird uns wieder das eigne Palladium unserer historischen Doktrin, das classische römische Recht, durch seine Vorbilder, sowie durch den oftерwähnten induktiven Erfahrungssatz eines Paulus an der Spitze der praktischen Theorie der classischen Römer, l. 1 D de regulis juris 50, 17, belehren: dieser verbietet, der geschriebenen regula zu folgen, sofern sie nicht das Leben des Rechts, das jus quod est, zeigt; bald die eigne theoretische Prämisse der Schule Savigny's ꝛc.! — Auf diese Weise werden wir auf empirisch induktivem Wege vielleicht die lebensunwahre, aprioristische Periode einer Rechtfindung der Doktrin seit der Glosse: nach Römerart wieder überwinden können, welche erstere a priori wechselnd bald bloßes vergangenes Recht, bald bloße Vernunftphilosophie demjenigen realen Leben des Rechts vorzog, welches Geschichte und Naturrecht auf Grund der Formen der positiv

Digitized by Google

lebenden Rechtsquellen fortwährend organisch vermählt. So werden wir, unseren Hauptaufgaben des § 1, Ziff. 1 und 2 folgend, vielleicht das berechtigte Wesen des praktischen Rechts klären, vielleicht Theorie und Praxis bewußt einigen können, wenn es uns gelingt, diese zwingenden Gründe der stummen Uebung des Lebens und der Praxis vollständig zu entwinden und sie der Oeffentlichkeit auszuliefern; ähnlich dem Schreiber Gnaeus Flavius (S. 60), welcher dereinst die Regeln der Praxis des jus civile Rom's zum ersten Male ihrer stillschweigenden Uebung entzog! — Wir glauben damit einer Praxis und Theorie zugleich einen Dienst zu erweisen! Sie werden so beide gegenseitig emancipiert, um sich alsdann durch ein Bewußtwerden der zwingenden Gründe eines realen Rechts wieder freiwillig einigen zu können! Unsere Doktrin nämlich würde von der einseitigen Tyrannei der, sie abwechselnd beherrschenden aprioristischen Phrasen: entweder Geschichte allein oder Vernunftphilosophie des Naturrechts allein, endlich befreit, und, wenn auch sie reales, positives Recht lehren will, nicht länger gezwungen sein, unserer unbewußt concludenten Praxis principiell nachzuhinken (§ 3 IV). Die Praxis dagegen umgekehrt wird künftighin ihre, unwillkürlich uns alle thatsächlich dennoch zwingenden Grundgesetze bewußter, offen und geachtet in einer Litteratur darlegen und verantworten können. Beide, Theorie und Praxis, würden gegenseitig dann in edlem Wetteifer die Wahrheit ihrer positiven Darstellung controlieren und einer realistischen, quellengemäßen Vollendung zuführen! — Darum versuchen wir jetzt, die Wege einer solchen reinen Erfahrung zu betreten: Möge hier wieder das Fehlende jeder Jurist durch seine bessere Erfahrung unterstützen! —

1. Materielle Grundprincipien einer Erfahrung. — Unser thema probandum in § 1, 5 III a. E. kündigt uns folgende Grundprincipien an: a) Einen, selbst mechanisch theilbaren Geist und Körper des Rechts oder das Gelten von: Naturrecht neben Geschichte. b) Ein organisches Leben dieses Rechts. Dann Verschiedenheiten einer Herrschaft des Rechts nach: c) Zeit und d) Raum! Diese Grundgesetze also sind nun einzeln zu betrachten! —

a) Erstes mechanisches Grundgesetz: Die mechanische Theilung des Rechts in: Geschichte neben Naturrecht. — Das Leben des Rechts gleicht dem des Menschen. Auch der lebende Mensch aber vereinigt in sich, mechanisch scheidbar: Geist und Körper. Beide bedingen sein Entstehen und Fortleben; wird ihm eines von beiden entzogen, so endet sein Leben! Ebenso im lebenden, praktischen Rechte: Das Naturrecht ist dessen Geist, welcher in jeder Rechtsquelle enthalten, in einer sogar allein herrscht. Die Verkörperung dieses Geistes zu realem Geschehen oder zur Geschichte ist der Körper des Rechts. Zugleich ist dieser doppelte Inhalt des praktischen Rechts sein Unterscheidungsmerkmal, wie gesagt, von dem Rechte der übrigen Rechtsschulen: Das Naturrecht beispielsweise wendet einseitig nur die Rechtsquellen des Naturrechts an, (innere Rechtsgründe, natura,

Digitized by Google

Juristenrecht), ohne geschichtliche Rechtsquellen zu beachten; die historische Schule dagegen einseitig geschichtliche Quellen: Gesetz oder Gewohnheitsrecht. Z. B. Savigny's System zeigt praktisch fast nichts, als vermeintlich für uns gegebenes Gesetz des römischen, canonischen und älteren Reichsrechts, während er theoretisch vollends lehrt, daß das Gewohnheitsrecht alles Recht absorbiere (§ 2 III a). Das praktische Recht dagegen wendet alle positiven Rechtsquellen der Gegenwart an: neben Gesetz, Gewohnheitsrecht, suo loco, d. i. in noch festzustellender Reihenfolge auch Naturrecht. (§ 6 II B, b, § 7.)

Wie nun im positiven Rechtsleben und in der Gesetzgebung nur ein Geist des Naturrechts gleichzeitig neben einem Körper der Geschichte, (legislativ wenigstens ein geistiges Naturrecht, welches sich dereinst zur Geschichte verkörpert), zu leben vermag, zeigt z. B. ein schon erwähntes Beispiel des analogen Staatsrechts. Sybel bemerkt, wie im Jahre 1848 das ideale, blos vernunftgemäße geistige Ringen der deutschen Nation nach Einheit nicht den, thatsächlich gegebenen Partikularismus zu überwinden vermochte: Dies Einheitsringen nun der Vernunft des Volkes war juristisch bloßes Naturrecht, das Geschehende der Geschichte oder die Verkörperung des Rechts aber war noch der Partikularismus. Jenes Einheitsringen also im deutschen Parlamente von 1848 nach neuem Recht oder das damalige Naturrecht allein konnte noch kein besseres lebendes Recht in Deutschland erzeugen; weil sich dies Recht nicht auch zu einem „Geschehenden" einer Geschichte zu verkörpern vermochte, weil die Geschichte, der lebende Partikularismus, widerstrebte. Erst Bismarck machte Deutschland einig; er erst verstand es, im Gegensatze zu unseren Doktrinären beider Rechtsschulen, welche bisher nur immer entweder den Geist des geistesschaffenden Naturrechts allein oder die Verkörperung des Rechts in der vergangenen Geschichte allein in's Auge faßten, beide durch Gesetzgebung zu einigen, indem er dem geschichtlichen Partikularismus und dem naturrechtlichen Geistesringen des Volkes nach Einheit beim Baue des deutschen Reichs, jedem von beiden den ihm gebührenden Platz anwies. Diese Vereinigung erst von Naturrecht und vergangener Geschichte also ermöglichte ein reales geschichtliches „Leben" eines besseren Staatsrechts in Deutschland: ein deutsches Reich! (§ 4 C c.) — So aber muß jedes positive Recht und jede Gesetzgebung den Inhalt aller positiven Rechtsquellen und das Bestehen doppelter Bestandtheile des Rechtes beachten: suo loco das geschichtliche: gesetzliche oder Gewohnheitsrecht, und suo loco die Rechtsquelle des Naturrechts oder dessen innere Gründe innerhalb des sogenannten Juristenrechts. — Dieses erste Grundgesetz, das Gelten dieses „Naturrechts" neben dem von der historischen Schule gelehrten Rechte, hat der Verf. schon früher berührt; (m. vgl. des Verf. „Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio", Erlangen, Deichert 1884 S. 168—171; in diesen Untersuchungen § 1, 5 III, § 5, III, 2). Der Grund, warum jenes mit der Geschichte vereint sein muß, werden

Digitized by Google

wir unter b noch näher ersehen; er ist der erwähnte: weil das geschichtliche Recht *lebt* mit Geist und Körper. — Für das Dasein dieses ersten Grundgesetzes endlich ergeben sich folgende nähere *Nachweise*. —

1. Vor allem wird schon *Begriff* und *Wesen* der beiden einseitigen Rechte unserer bisherigen Rechtsschulen, des Naturrechts und geschichtlichen, die Nothwendigkeit eines Nebeneinanderbestehens dieser beiden Rechte zeigen; (vgl. § 1, 5 I und II mit § 7 A 1). — Ein geschichtliches Recht nämlich ist, zufolge des Wesens einer Geschichte als eines bereits früher Geschehenen, begrifflich nichts, als die Anwendung eines, bereits früher festgestellten Rechts: eines Gesetzes, Gewohnheitsrechtes; ein Naturrecht dagegen ist begrifflich ein Neuschaffen eines Rechts aus Geist und Vernunft. Die Erfahrung nun des Lebens zeigt, daß alles in der Geschichte bereits festgestellte Recht, Gesetz, Gewohnheitsrecht, selbst frühere Präjudizien nicht selten *nimmermehr ausreichen* können, um die Mannigfaltigkeit der Fragen des realen Rechtslebens und der Praxis sämmtlich direkt zu regeln. Bei dem Mangel jedes früher festgestellten, geschichtlichen Rechts muß daher, wenn ein Recht überhaupt gewährt und der anhängige Rechtsfall überhaupt entschieden werden soll, — eben wegen Mangels jedes praecedens — ein geistiges Neuschaffen des Rechts eintreten; dies Neuschaffen aber ist begrifflich eben Naturrecht: Deshalb *muß* neben dem geschichtlichen Rechte, Gesetz, Gewohnheitsrecht ꝛc. nothwendig *fortwährend Naturrecht* (sogenanntes Juristen-, wissenschaftliches Recht) gelten!

2. Zu dem gleichen Resultate wird uns eine realistische Lebensanschauung des realen Geltens im Rechte, oder Erfahrung und Bedürfnis der täglichen wirklichen *Anwendung* des Rechts führen! Fragen wir noch näher, wie äußert sich dies Geschehen, die Geschichte im Rechte? Uebersetzen wir uns auf diese Weise doch endlich einmal die, blos aprioristische Anschauung der historischen Schule von dem Begriffe Geschichte, deren nur a priori „gemachte" Phrase „Geschichte", welche die Schule willkürlich als „Vergangenheit"! bezeichnet, in das Reale, Praktische, in einen von uns concret faßbaren Akt: Was „geschieht" erfahrungsgemäß im positiven Rechte, wenn wir je überhaupt Recht finden wollen? Und zwar, da wir nun einmal in einer Gegenwart leben, nicht in einer Vergangenheit: was geschieht empirisch behufs des Rechtfindens in der „Gegenwart" nach positiven Regeln? Diese induktive Analyse des allgemeinen Begriffes „Geschichte" wird dann gleichfalls folgendes einfaches Resultat ergeben.

Wir setzen damit den Fall, daß wir heutzutage in der *Praxis*: als Richter, Anwälte ꝛc. einen Rechtsfall lösen, oder in der *Theorie*: als Lehrer eine Rechtsfrage lehren, als Schriftsteller über dieselbe eine Monographie schreiben wollten. Was werden wir da erfahrungsgemäß thun und was würde so in der „Geschichte" der Gegenwart empirisch von uns in positiver Weise in der That geschehen? — Regelmäßig werden wir uns dann als *Praktiker* zunächst erfahrungs-



Digitized by Google

gemäß zuerst fragen: Liegt ein Gesetz oder etwa ein Gewohnheitsrecht vor? Liegt beides vor, dann werden wir wieder fragen: was ist das jüngere der Gegenwart? Denn bekanntlich hebt die jüngere Rechtsquelle, das jüngere Gesetz oder Gewohnheitsrecht der Gegenwart das ältere, vergangene von beiden auf. Damit haben wir ein erstes empirisches Resultat. Wir wenden lebende „Geschichte der Gegenwart" an. — Haben wir nun aber das, schon dagewesene, fortlebende Recht der Geschichte erforscht: keinerlei Geschichte, kein Gesetz, kein Gewohnheitsrecht, nicht einmal ein früheres Präjudiz zeigt uns irgend eine Lösung: Wie schon bemerkt, werden erfahrene Juristen bestätigen, daß solche Fälle nicht selten sind! Wir müssen unseren Rechtsfall aber dennoch entscheiden! Was dann? Dann hat die praktische Welt von jeher sich das nothwendige Recht geistig selbst schaffen müssen; und das war: Naturrecht! Wir sehen also schon hier, wie doktrinär die aprioristische Anschauung unserer bisherigen Schulen ist, daß fortwährend nur einseitig entweder Naturrecht oder Geschichte im Rechte gelten könne, daß diese beiden Schulen je ernstliche Gegensätze sein könnten! — Damit haben wir aber wohl für die Praxis den allzugelehrten Begriff der Geschichte unserer historischen Doktrin empirisch nach den Erfahrungsgrundgesetzen des realen geschichtlichen Lebens des Rechts und der Praxis aufgelöst. Die wirkliche, alltägliche Geschichte der Anwendung des Rechts in der Praxis zeigt, daß in realer Wirklichkeit Geschichte neben Naturrecht gilt! — Dies zeigt aber auch die Rechtsfindung unserer Doktrin. Die historische Schule glaubte zwar einseitig Geschichte anwenden zu können. Diese, alles Naturrecht verdammende historische Schule hat aber unbewußt von jeher genau ebensoviel Naturrecht angewendet, wie die Praxis (§ 7 A 2)! Ebenso hat auch umgekehrt das Naturrecht, welches einseitig den Geist des Naturrechts anwenden zu können wähnte und die Geschichte als geistlos verwarf, mit der Praxis, in der Meinung, bloßes Naturrecht darzustellen, fortwährend unbewußt zugleich lebende Geschichte dargestellt. Wir haben dies bereits erwähnt. (§ 1, 5 I, vgl. § 7 A 2.) — — So wendet alles real lebende Recht von jeher, wenn auch unbewußt, Geschichte neben Naturrecht an. Namentlich in seinen Neubildungen. Deren Institute selbst, wie Erbverträge, Reallasten, Schmerzengeld ꝛc. ꝛc. z. B. stehen zwar an sich zumeist durch Geschichte, Gewohnheitsrecht ꝛc. fest; fast ihre ganze Casuistik aber ist bis jetzt noch regelmäßig weder durch Gesetz, noch durch Gewohnheitsrecht fixiert: Diese ganze Casuistik also ist Naturrecht. Und hier besonders haben Germanisten wie Praktiker stets Naturrecht neben Geschichte angewendet!

Wir haben nun noch erwähnt, daß dies unbewußte Anwenden von Geschichte neben Naturrecht, somit eine Uebung einer praktischen „Schule" seitens der Praxis, bisher nur stillschweigend und „concludent" geschehe. Können wir auch dafür aus der Erfahrung des Lebens Belege bieten? — Auch diese Frage wird zu bejahen sein! Die Uebung der Praxis ist so zwar noch bis heutzutage eine vielfältig

Digitized by Google

theoretisch unbewußte, aber trotzdem von jeher eine sehr concludente! Einzig Sache einer längeren „Erfahrung" der Praxis (eines Nichtverlegenseins, § 1, 3 S. 64—65) und eines durch diese fortgesetzte stillschweigende Uebung gewonnenen sicheren „Taktes" ist es da, was entscheidet: Ein Takt, welchen man freilich aus den Hörsälen einer historischen Rechtsschule mit ihrem vergangenen Rechte nicht mitbringen konnte, weil dort eben dies „andere", reale, praktisch lebende Recht nicht gelehrt wurde; ein Takt, welchen gegenüber den Antiquitäten dieser historischen wie gegenüber den Utopien einer Naturrechtsschule die Uebung der Praxis stets zu bewahren hatte: Das war wenigstens bisher nothgedrungen das Rechtfinden des Praktikers! Gesunder Takt war es allein, welcher ermöglichte, den Ort verlässig zu finden, wo gegenüber den extremen Ueberschwänglichkeiten des Naturrechts: Geschichte, und umgekehrt gegenüber den Antiquitäten der historischen Schule: Naturrecht anzuwenden war, um: die richtige Grenzlinie zwischen beiden einzuhalten. Je mehr der einzelne Praktiker, erst durch Uebung oder diesen angebornen, von der Universität nicht mitgebrachten Takt, diese Gabe der Ausscheidung und die sonstigen concludent geübten Principien der Praxis sich zu eigen gemacht hatte, ein desto besserer Praktiker erschien er bisher: Bisher somit durfte allerdings ein Praktiker nicht blos ein gelernter und gelehrter Jurist sein; dies hätte ihn irreführen können: er mußte auch ein erfahrner und ein, in der Civilrechtspraxis speciell nicht „verlegener" (§ 1 Ziff. 3) sein. Ein überdies theoretisches sich Rechenschaft Geben aber, wann und warum die eine oder die andere Rechtsquelle der Geschichte oder des Naturrechts anzuwenden sei, eine solche Theorie des praktischen Rechts, vermied unsere, von den doktrinären Extremen verfolgte Praxis sogar, wie schon in § 3 gezeigt, schon infolge der Panik des 19. Jahrhunderts, welche jetzt noch nachwirkt, bis zur Stunde; um nicht einräumen zu müssen, daß sie in der That zum Theil das, damals auch in der richtigen Anwendung noch staatsgefährlich scheinende, theilweise Gift (§ 1, 5 I a. E.) des Naturrechts anwende! — Daher erklärt sich bisher aber auch umgekehrt die Unvertrautheit der Schule Savigny's, soweit sie lediglich auf Universitäten herangebildet wurde, mit dem real lebenden, nur stillschweigend und concludent geübten praktisch gegebenen Rechte und dessen Inhalt. Und diese Unkenntnis der Doktrinen wie dieser Mangel eines, sich bewußten Rechenschaft Gebens auf Seite der Praxis selbst wird fortdauern, wie gesagt, solange, bis wir Praktiker, gleich dereinst etwa dem »scriba Gn. Flavius«, diese, noch nicht theoretisch bekannten Partien des lebenden praktischen Rechts, dieses noch unentdeckten Welttheiles, dieses Afrika der Jurisprudenz, in einer „praktischen Theorie" wahr in Begriffe zu fassen versuchen, und so diese Grundprincipien oder die Schule dieses Rechts zum Gemeingut der Oeffentlichkeit gestalten. — Sehen wir nun an Beispielen, wie — alternierend — so in der Beobachtung des Rechtslebens ergraute Richter stillschweigend, zum Theil vielleicht



Digitized by Google

unbewußt, doch aber stets sehr concludent, bald Geschichte, bald Naturrecht anwenden und dennoch die Grenzlinie zwischen beiden genau und treffend einzuhalten vermögen? Solche Beispiele mögen etwa folgende Fälle zeigen!

α) Erfahrungsgemäße, „concludente" Anwendung von Geschichte innerhalb der Praxis, selbst da, wo ein Naturrecht versuchen würde, die Uebung der Praxis irrezuführen! — Denken wir uns, um die Neige des 18. oder am Beginne des 19. Jahrhunderts, solange die Naturrechtslehre noch florierte, hätte ein namhafter juristischer Schriftsteller in der Litteratur, ein berühmter „Naturrechtslehrer" auf Universität, ein öffentlicher Redner in einem Parlamente, ein sonstiger bedeutender Philosoph ꝛc. mit noch so beredten Gründen folgende naturrechtliche Reformen innerhalb des, bis dahin noch zufolge eines Gesetzes oder zufolge Gewohnheitsrechtes „geschichtlich" feststehenden, positiven Rechts vorgeschlagen: Wie Vernunft und Billigkeit verlange, daß — bevor noch eine Gesetzgebung ähnliches angeordnet hätte — frühere geschichtlich gegebene Frohnten, Leibeigenschaften, gewisse Zehnten, Prügelstrafen, Kirchenbaulasten, gewisse Privilegien der Fideicommisse, eine Verjährung oder Ersitzung, Verschollenheitsfristen ꝛc. naturrechtlich als Unrecht zu beseitigen seien; daß gewisse Strafverfolgungen wegen Verletzung der Sitte oder Religion, als der menschlichen „Freiheit" und Vernunft, der Freiheit des Gewissens zuwider, zu streichen seien. Neuerdings erst begegnen wir ja wieder „naturrechtlichen" Agitationen z. B. für Aufhebung der Todesstrafe: Würden nun in früherer Zeit oder jetzt, auf derartige Naturrechtsgründe allein hin, von unserem bisherigen „geschichtlichen" Rechte: vom Gesetz und Gewohnheitsrechte, je ein Richter abgewichen sein? So also, daß er aus subjektiven Naturrechtsgründen sofort nicht mehr auf Todesstrafe erkannt, Fideicommisse, Verjährung, Ersitzung, Kirchenbaulasten ꝛc. nicht mehr als Recht beachtet hätte? Von abnormen persönlichen Fällen abgesehen gewiß niemals! Schon zur Zeit der höchsten Blüthe des Naturrechts wird kein Richter so gegen historisches Recht verstoßen haben! Warum nicht? Hier haben wir eben Fälle, in welchen unsere Praxis, obwohl ihr bisher niemals auch theoretisch gelehrte, principielle Unterscheidungsmerkmale unterstützend zur Seite standen, unbewußt, erfahrungsgemäß, sagen wir instinktmäßig, aber stets sehr concludent, dennoch Grundprincipien übte, welche sich in ihr als ein, mit uns geborenes, unwillkürlich „lebendes" Recht stillschweigend und concludent wie ein juristischer Takt äußerten. Wie so allerdings unsere Praxis nie in einer Naturrechtsschule ganz aufgegangen ist und unberechtigt nie Naturrecht anwendete: Und zwar längst, bevor uns die Offenbarung einer Schule Hugo's und Savigny's auch theoretisch wieder zum Bewußtsein gebracht hat, daß regelmäßig primär an einer Geschichte: Gesetz und Gewohnheit, festzuhalten sei! Dies primäre regelmäßige Festhalten an Geschichte, ehe wir zu einem Neuschaffen eines Rechts, zum Naturrecht unsere

Digitized by Google

Zuflucht nehmen dürfen, wird so von jeher die unbewußte Uebung unserer Praxis gewesen sein. Diese Geltung einer „Geschichte" des Rechts ist und lebt so am rechten Orte thatsächlich auch in unserer Praxis in Geltung, — ähnlich, wie bei Savigny's Gleichnissen von der Herrschaft der Sprache, Sitte, Verfassung, vollständig unwillkürlich und concludent! — Nun ein Gegenspiel: —

β) Umgekehrt: Erfahrungsgemäße, „concludente" Anwendung eines gegebenen Naturrechts seitens unserer Praxis: selbst im Gegensatze zu einer Geschichte! — Vergegenwärtigen wir uns hier wieder beispielsweise zunächst die, bereits oben erwähnten Neubildungen der Praxis in § 2 I 2, in welchen die einzelnen Institute zwar an sich durch Gewohnheitsrecht oder Gesetz feststehen, dieselben aber jedes geschichtlichen, gewohnheitsrechtlichen, gesetzlichen Ausbaues ihrer Casuistik, der Entstehung oder Endigung ihres Rechtes, ihrer Klagenverjährung ꝛc. entbehren. Unsere Richter dürfen nun zwar auch hier eine Rechtsprechung nicht verweigern. Wird aber hier irgend ein Richter entweder mit der älteren historischen Schule Savigny's suchen, etwa blos aus „geschichtlichen" Quellen und Antiquitäten allein, etwa aus einem Gajus, aus Ulpian's Fragmenten, aus Volksrechten, aus Sachsen- oder Schwabenspiegeln, bloßes vergangenes Recht an Stelle selbstgefundenen Naturrechts, oder auch zufolge anderer Theorien, z. B. aus fremden Rechten zufolge einer „vergleichenden" Rechtswissenschaft, andere unmittelbar anwendbare Rechtssätze als geschichtlich gegebenes, positives Recht zu einer direkten buchstäblichen Anwendung gewinnen und solche allegieren dürfen, nur, um nicht Naturrecht anzuwenden? Selbst dann, wenn diese Fragen in dieser Geschichte einer Vergangenheit oder der Geschichte eines anderen Ortes wirklich gelöst wären, (wie es doch niemals ausreichend der Fall ist)? Würde ein Richter wenigstens unterlassen, etwaige innere, naturrechtliche Gründe, welche ja auch in solchen Ueberlieferungen immerhin vorliegen können, mittels seiner geistigen Thätigkeit, mittels ratio, Vernunft, Billigkeit, Natur der Sache selbst nachzuprüfen, i. e. in solchen Fällen concludent wenigstens Naturrecht anzuwenden? Wird er all dies deshalb unterlassen können, weil die Schule Savigny's die Anwendung eines Naturrechts verdammt und vergangenes Recht fordert? Hat diese Anwendung eines Naturrechts trotz ihres theoretischen Verdammens überdies die historische Schule selbst, besonders das deutsche Privatrecht, je unterlassen? — Oder ein anderes Bild der Anwendung eines Naturrechts, selbst gegen die direkten Vorschriften eines geschriebenen historischen, jetzt aber gewohnheitsrechtlich nicht mehr lebenden Rechts! Eine, bei uns recipierte Gesetzgebung des römischen Rechts erklärt den Sklavenhandel, Stipulationen für berechtigt, formlose Verträge dagegen für unberechtigt. Eine Carolina befahl während ihrer gemeinrechtlichen, bis auf wenige Decennien herunter datierenden, Geltung: das Verbrennen von Zauberern oder Hexen, die Folter, grausame Strafmaße. Ein bis vor wenigen Decennien geltender

Digitized by Google

haupt, auch da eintreten muß, wo niemals ein fremdes Recht recipiert wurde, sondern das eigene nationale Recht des Volkes (durch Veränderung der thatsächlichen Geschichte, der Ueberzeugungen und des Begreifens, § 2 II a) sich gleichfalls verändert. Auch hier wird gemeinrechtlich das fertige System des römischen Rechts zu Grunde gelegt werden können, das Fortbestehende erhalten werden und nur da eine „Aenderung" eintreten müssen, wo die Rechtsquellen bald ein bloßes adjuvare und supplere, bald aber ein corrigere und Sprengen des bisherigen Systems gebieten. Die Nothwendigkeit solcher Correkturen und Sprengungen des eigenen Rechts durch die Römer ist aus den Veränderungen, welchen ihre eigenen XII Tafeln unterlagen, aus der Ausbildung ihres völlig neuen gemeinen Rechts des jus gentium seit dem 6. Jahrhunderte der Stadt, aus der Jurisdiktion des Prätors, aus den Neubildungen mittels der Rechtsquellen noch jetzt verfolgbar. Wie z. B. ihre Wissenschaft das Institut des Kaufes in die zwei Institute des Kaufes und Tausches auflöste (§ 2 J 3, 24); wie sich aus dem Aushülfedelikte der injuria die einzelnen Delikte, das damnum injuria datum der römischen Aquilia, Polizeidelikte ꝛc. ꝛc. loslösten und spalteten. — In gleicher Weise fordert auch das Leben des Rechts in der Gegenwart eine fortwährende materielle und formelle Construktion von mehr oder weniger eingreifender Art. Der moderne Satz z. B.: Kauf bricht nicht Miethe, wird lediglich einen casuistischen Rechtssatz der Miethe modificieren; das Institut der Miethe bleibt im Uebrigen durch ihn technisch unverändert. Anderes modernes Recht aber setzt neue Institute neben die antiken römischen: so deutschrechtliche Servituten neben die römischen, eine moderne societas der Genossenschaft neben die alte. Andere praktische Institute beseitigen die früheren zum Theil. Der deutsche Satz „Hand muß Hand wahren" bricht mit der römischen vindicatio, indem er Mobilien für fungible Sachen erklärt und die vindicatio ausschließt, die moderne Reallast setzt neben die obligatio personae eine obligatio rei, welche auf jeden dritten Besitzer übergeht, das praktische Besitzrecht sprengt die romantische Lehre der historischen Schule in zwei Institute: Eigenthum und Detentionsrecht, die Schmerzengeldklage Wächter's sprengt den Begriff der Aquilischen Ersatzklage, so daß sie, diesen Begriff erweiternd, nicht blos wegen Vermögensbeschädigung, sondern auch ohne Vermögensbeschädigung Ersatz bieten muß. — — In dieser Weise werden wir jetzt zu unseren drei gewohnten praktischen Instituten zurückkehren, um an diesen die Wirkung der materiellen und formalen Construktion näher vergleichen zu können, welche auch sie in das System unseres geschichtlich lebenden Rechts einzufügen hat. (Deren materielle Berechtigung durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht, zunächst in einzelnen Fällen ist ja in § 5 III 2 a α, und infolge Analogie wie Construktion als generelle Rechtsinstitute in § 5 III 2 a β, bereits nachgewiesen.)

α) Schmerzengeld. — Materiell ist dieses, nach dessen

Digitized by Google

wohlberechtigter, seitdem in der gesammten Praxis und Theorie gebilligter Construktion Wächters, (Die Buße, 1874, v. oben Einleitung 1, S. 6—12): ein Ersatz in Geld für schmerzhafte Körperverletzungen. Die formelle Construktion Wächters sprengt, wie gesagt, das Delikt der Aquilia und erweitert es gemeinrechtlich so, daß es nicht blos Gelderſatz für Vermögensbeschädigung, sondern auch gewohnheitsrechtlichen Gelderſatz ohne Vermögensbeschädigung wegen schmerzhafter Körperverletzung, wie wegen Kranzgeldes und Verlöbnisbruch, gewährt. Dessen genus proximum ist so eine obligatio ex delicto. Dessen differentia specifica ergibt jetzt das aquilische Delikt in dieser Erweiterung selbst, d. i. es unterscheidet sich von den übrigen Delikten wie das Aquilische Delikt selbst. Die juristische Folge dieser formalen Construktion ist, daß das Schmerzengeld jetzt gemeinrechtlich einfach unter die Casuistik dieser Aquilia zu subsumieren ist. In den beiden deutschen Civilgesetz-Entwürfen nun von 1888 (§ 728, 721) und von 1894 (§ 770) sind für das Schmerzengeld besondere Rechtssätze über Cession des Anspruchs und dessen Uebergang auf die Erben festgestellt. Abweichende Rechtssätze für ein Institut oder Reat machen dasselbe zu einem selbstständigen Institute oder Reate. (S. 519.) Consequenz dieses Umstandes wird also sein müssen, daß das Schmerzengeld im kommenden Reichsrechte als selbstständiges Institut wieder nicht mehr, wie jetzt gemeinrechtlich unter das Aquilische Delikt zu subsumieren sein wird, sondern daß die Casuistik des letzteren auf das erstere nur analog wird übertragen werden können.

β) Besitzrecht des Detentor. Nach dessen oben zu § 2 IV II versuchter materiellen Construktion ist dasselbe das dingliche Recht, eine fremde Sache insolange faktisch zu besitzen (innezuhaben, zu detinieren), als eine rechtlich zulässige causa dieses Innehabens besteht; z. B. Pfründebesitz, Concursverwaltung, Faustpfand, unvertheilter Gemeinderechtsbesitz, Besitz unter suspensivem Eigenthumsvorbehalte, usus-fructus, Retention, Depositum, Pacht ꝛc. — Die formale Construktion zeigt dasselbe als ein accessorisches jus in re aliena; ähnlich accessorisch, wie die accessorische Ueberlassung der possessio des pignus oder die accessorische obligatio des Bürgen. Dasselbe nämlich entnimmt dem fremden Eigenthume (dominium oder possessio), diesem Inbegriffe aller denkbaren Rechte über eine Sache, das einzelne Recht, die fremde Sache faktisch zu detinieren, und gewährt dies Recht solange dem Detentor, als eine der obigen causae des Inhabens das letztere gestattet. Weil dies Recht mit dem Aufhören der obigen dinglichen oder persönlichen causae endet, erscheint dasselbe ein blos accessorisches. Sein genus proximum ist somit ein dingliches Recht überhaupt. Seine differentia specifica von dem historischen faktischen Eigenthume der possessio (§ 2 IV II) ist: der Mangel eines animus domini infolge des bloßen animus, die fremde Sache faktisch zu besitzen oder innezuhaben und infolge hievon einer Reihe von anderen casuistischen Rechtssätzen, (oben S. 248—250). Von den übrigen dinglichen Rechten,

Digitized by Google

den Servituten ꝛc. unterscheidet es wieder die blos accessorische Natur seines Besitzrechts, der Umstand, daß dies Recht nur in dem Rechte, faktisch zu besitzen, besteht, welches von einer andern dinglichen oder persönlichen causa bedingt ist, während sonstige dingliche und persönliche Rechte, usus, usus fructus, Pacht, Pfründe ein principales Recht in sich schließen, die Sache selbst zu nutzen ꝛc.

γ) Die nicht eingetragene Genossenschaft. — Deren materielle Construktion zeigt dieselbe als einen Verein (societas) zu dauerndem, über das Interesse und Recht der gegenwärtigen einzelnen Vereinsmitglieder hinausgehenden Zwecke. Deren formale Construktion zeigt dieselbe als eine „moderne societas". Das genus proximum ist eine societas, eine obligatio aus einem Consensualvertrage. Die differentia specifica unterscheidet dieselbe zunächst von der juristischen Person. Diese ist nach der bisherigen Praxis des deutschen Reichsgerichts die jedesmalige Verleihung eines „Privilegiums" an einen Verein durch specielle Concession von Seite des Staates, zufolge dessen nicht die Privatpersonen eines Vereins, sondern eine dritte, moralische oder juristische Person berechtigtes Subjekt ist; mit der consequenten praktischen Folge, daß auch für Verpflichtungen nicht mehr die einzelnen Vereinsmitglieder mit ihrem Privatvermögen, sondern nur das Vereinsvermögen haftet. Ohne specielle Concession keine juristische Person! Von der römischen societas unterscheidet sich die deutsch-rechtliche Genossenschaft dadurch, daß die Societät im modernen Rechte sich jetzt in zwei verschiedene Societäten spaltet: in die frühere römische im bloßen Einzelinteresse der Vereinsmitglieder, und in die moderne „Genossenschaft zu dauerndem, über das Recht der jeweiligen Mitglieder hinausreichendem Zwecke", so daß auch Dritte in die Vereinsrechte eintreten können. Diese beiden Societäten unterscheiden sich jetzt als selbstständige Institute durch verschiedene casuistische Rechtssätze. Die römische Societät fordert: Lösbarkeit, Vermögenstheilung auf Antrag, und Consens seitens jedes einzelnen Vereinsmitgliedes. Die Genossenschaft dagegen; Unlösbarkeit, Ausschluß der actio communi dividundo auf bloßen Antrag einzelner Vereinsmitglieder und Maßgeben von Majoritätsbeschlüssen in Verwaltungsangelegenheiten. So das Gewohnheitsrecht der bisherigen Lehens-, Mark-, Gemeindegenossen ꝛc. Von den übrigen „eingetragenen" Vereinen des Reichsrechts und der Partikulargesetzgebungen unterscheidet sich diese gewohnheitsrechtliche Genossenschaft bisher darin, daß sie eines Registereintrages nicht bedarf, anderseits aber auch der Privilegien der eingetragenen Vereine nicht theilhaftig ist. Ein Mittelding endlich zwischen societas und juristischer Person, d. i. zwischen der Nichthaftung der Vereinsmitglieder einer juristischen Person und der Haftung der Mitglieder einer societas ist logisch gleichfalls undenkbar.

Aehnlich wird jedes, von dem vergangenen ꝛc. Rechte der bisherigen aprioristischen Schulen abweichende Recht des Lebens und

Digitized by Google

der Praxis, soweit es den positiven Rechtsquellen entspricht, materiell und formell construiert und in ein System dieses Rechts eingefügt werden müssen. Das hiedurch zu erreichende Ziel ist das, der Gegenwart nach § 1, 1 und 2 gesetzte doppelte: ein berechtigt lebendes Recht nach Römerart und die Einigung unserer Theorie und Praxis!

IV. Als vorläufiges Resultat ergibt sich die Unberechtigung der „Anklagen" der bisherigen aprioristischen Rechtsschulen gegen das praktische Recht wegen Willkür! — Wie am Eingange dieses Paragraphen gezeigt, sind die positiven Rechtsquellen das „einzige" Kriterium für die Berechtigung eines geltenden Rechts. Diese haben ergeben, daß weder eine Naturrechts- noch die historische Rechtsschule den Quellen ganz entspricht: Den sämmtlichen Rechtsquellen vielmehr gehorcht allein das praktische Recht. So erscheint dieses allein berechtigt und entfällt die Anklage wegen Willkür. Schon bisher mußte das lebende und praktische Recht je zur Hälfte von jeder der beiden bisherigen Schulen als berechtigt anerkannt werden, von der historischen wie von der Naturrechtsschule, weil es je zur Hälfte Geschichte und Naturrecht zeigt! Ueberdies wird jetzt auch im Uebrigen der Beweis geliefert sein, wie das praktische Recht sowohl den Geist des Naturrechts, als den Körper der Geschichte organisch in sich vereinigt, und wie es in beiden Beziehungen durch die Rechtsquellen begründet ist: Die von der historischen Schule schon bisher selbst anerkannten Rechtsquellen führen so über das vergangene Recht der historischen Schule hinaus!

Diesen positiven Rechtsquellen vermag sich aber nicht blos eine ausübende Praxis unserer Gerichtshöfe, ihnen vermag sich auch die Wissenschaft jedes Einzelnen unterzuordnen. Jede Wissenschaft, jeder einzelne Jurist ist in der Lage, diese Rechtsquellen ebenso zu begreifen, wie die ausübende Praxis (§ 3 IV 3, S. 361—366); so in das innere Heiligthum unseres Rechts einzudringen, dort als sacerdos justitiae sich zu legitimieren, dort dem lebenden Rechte die Wege zu weisen und auf erfahrungsgemäßen Pfaden den Weg fortzusetzen, welche antike Classicität einzuschlagen begonnen: um so als fungibler Einzelner unentweihten, segenvollen, allein realen Gesetzen des Rechts dienstbar zu sein, ohne Willkür zu üben! Dort wird jeder Einzelne wie auf, ohnehin geneigten Hängen des Geländes unserer nachbarlichen Alpen, gleich dem kleinen Stein des Anstoßes, sich selbst zerreibend, so manches blühendes heimisches Gefilde etwas eher vom Winterschnee befreien können, als dies nach dem Laufe der Dinge bei Frühlingsnähe ohnehin und von selbst geschehen müßte. Bald wird er mit muthvollem, opferbereiten Blicke durch Ausdauer über die Hemmnisse der Interessen, der vis inertiae und Vorurtheile, welche sich als Wegelagerer an dem Wege aufhalten und ihm Wegegeld abfordern, hinwegblicken müssen. Bald wird er da möglicherweise selbst, wie eine harmlos summende Fliege, gesengt von der nochmals auflodernden Flamme eines alternden, ersterbenden Fanatismus einer historischen

Digitized by Google

Rechtsanschauung, vielleicht gerade von Fachgenossen, welchen er am meisten genützt, das Zeitliche segnen: Dennoch wird er nie einer Willkür, sondern einzig und allein unentwegten Gesetzen einer, von einer Schöpfung über uns gefügten Ordnung gehorcht haben! Auf diese Weise glaubt der Verf. die schweren Anklagen unserer extremen Rechtsschulen beschwichtigt und das praktische, real lebende Recht — zunächst selbst aus den eignen Gründen einer historischen Schule schon — begründet erachten zu dürfen! — Wir werden nun den Weg einer induktiven Erfahrung weiter verfolgen müssen, auch da, wo uns vielleicht Gründe einer historischen Schule im Stiche lassen! —

## § 6. Versuch einer Ermittlung und Weiterbildung von materiellen und formellen Prinzipien einer praktischen Rechtsschule unmittelbar aus einer Erfahrung des, im positiven Leben des Rechts Geltenden.

Vorbemerkung: Im weiteren Verlaufe unserer Untersuchungen werden uns: historische Schule, Lehre und Urkunde einer „Vergangenheit" mehr und mehr im Stiche lassen. Hier vor allem werden wir den Boden einer „reinen Erfahrung" des geschichtlich positiven Lebens unseres Rechts betreten müssen: einer Empirie, welche uns bei dem Mangel jeder andern Norm zum positiven Rechte geleiten kann! (§ 1 4 I γ a S. 74 ff.) Und dennoch werden sich uns nicht blos lebende casuistische Präjudizien, sondern auch „Gesetze" dieses positiven Lebens eines Rechts künden, welchen wir folgen müssen, selbst wenn uns aprioristische Doktrinen dies abwechselnd verwehren wollten: — Es handelt sich jetzt um die nähere Begründung unseres thema probandum in § 1, 5 III a. E.: um die Art der Vermählung von Naturrecht und Geschichte! —

Ob wir nun solchen Erfahrungssätzen, abgesehen von jener Erfahrung, welche Recht zeigt, gleichfalls weitere positive Grundlagen nach bisheriger Anschauung würden vindicieren können? Auch hier nun werden uns bald wieder positiv anerkannte Rechtsquellen unterstützen: bald Juristen-, bald Gewohnheitsrecht; bald wird uns wieder das eigne Palladium unserer historischen Doktrin, das classische römische Recht, durch seine Vorbilder, sowie durch den oftерwähnten induktiven Erfahrungssatz eines Paulus an der Spitze der praktischen Theorie der classischen Römer, l. 1 D de regulis juris 50, 17, belehren: dieser verbietet, der geschriebenen regula zu folgen, sofern sie nicht das Leben des Rechts, das jus quod est, zeigt; bald die eigne theoretische Prämisse der Schule Savigny's ꝛc.! — Auf diese Weise werden wir auf empirisch induktivem Wege vielleicht die lebensunwahre, aprioristische Periode einer Rechtfindung der Doktrin seit der Glosse: nach Römerart wieder überwinden können, welche erstere a priori wechselnd bald bloßes vergangenes Recht, bald bloße Vernunftphilosophie demjenigen realen Leben des Rechts vorzog, welches Geschichte und Naturrecht auf Grund der Formen der positiv

Digitized by Google

lebenden Rechtsquellen fortwährend organisch vermählt. So werden wir, unseren Hauptaufgaben des § 1, Ziff. 1 und 2 folgend, vielleicht das berechtigte Wesen des praktischen Rechts klären, vielleicht Theorie und Praxis bewußt einigen können, wenn es uns gelingt, diese zwingenden Gründe der stummen Uebung des Lebens und der Praxis vollständig zu entwinden und sie der Oeffentlichkeit auszuliefern; ähnlich dem Schreiber Gnaeus Flavius (S. 60), welcher dereinst die Regeln der Praxis des jus civile Rom's zum ersten Male ihrer stillschweigenden Uebung entzog! — Wir glauben damit einer Praxis und Theorie zugleich einen Dienst zu erweisen! Sie werden so beide gegenseitig emancipiert, um sich alsdann durch ein Bewußtwerden der zwingenden Gründe eines realen Rechts wieder freiwillig einigen zu können! Unsere Doktrin nämlich würde von der einseitigen Tyrannei der, sie abwechselnd beherrschenden aprioristischen Phrasen: entweder Geschichte allein oder Vernunftphilosophie des Naturrechts allein, endlich befreit, und, wenn auch sie reales, positives Recht lehren will, nicht länger gezwungen sein, unserer unbewußt concludenten Praxis principiell nachzuhinken (§ 3 IV). Die Praxis dagegen umgekehrt wird künftighin ihre, unwillkürlich uns alle thatsächlich dennoch zwingenden Grundgesetze bewußter, offen und geachtet in einer Litteratur darlegen und verantworten können. Beide, Theorie und Praxis, würden gegenseitig dann in edlem Wetteifer die Wahrheit ihrer positiven Darstellung controlieren und einer realistischen, quellengemäßen Vollendung zuführen! — Darum versuchen wir jetzt, die Wege einer solchen reinen Erfahrung zu betreten: Möge hier wieder das Fehlende jeder Jurist durch seine bessere Erfahrung unterstützen! —

1. Materielle Grundprincipien einer Erfahrung. — Unser thema probandum in § 1, 5 III a. E. kündigt uns folgende Grundprincipien an: a) Einen, selbst mechanisch theilbaren Geist und Körper des Rechts oder das Gelten von: Naturrecht neben Geschichte. b) Ein organisches Leben dieses Rechts. Dann Verschiedenheiten einer Herrschaft des Rechts nach: c) Zeit und d) Raum! Diese Grundgesetze also sind nun einzeln zu betrachten! —

a) Erstes mechanisches Grundgesetz: Die mechanische Theilung des Rechts in: Geschichte neben Naturrecht. — Das Leben des Rechts gleicht dem des Menschen. Auch der lebende Mensch aber vereinigt in sich, mechanisch scheidbar: Geist und Körper. Beide bedingen sein Entstehen und Fortleben; wird ihm eines von beiden entzogen, so endet sein Leben! Ebenso im lebenden, praktischen Rechte: Das Naturrecht ist dessen Geist, welcher in jeder Rechtsquelle enthalten, in einer sogar allein herrscht. Die Verkörperung dieses Geistes zu realem Geschehen oder zur Geschichte ist der Körper des Rechts. Zugleich ist dieser doppelte Inhalt des praktischen Rechts sein Unterscheidungsmerkmal, wie gesagt, von dem Rechte der übrigen Rechtsschulen: Das Naturrecht beispielsweise wendet einseitig nur die Rechtsquellen des Naturrechts an, (innere Rechtsgründe, natura,

Digitized by Google

Juristenrecht), ohne geschichtliche Rechtsquellen zu beachten; die historische Schule dagegen einseitig geschichtliche Quellen: Gesetz oder Gewohnheitsrecht. Z. B. Savigny's System zeigt praktisch fast nichts, als vermeintlich für uns gegebenes Gesetz des römischen, canonischen und älteren Reichsrechts, während er theoretisch vollends lehrt, daß das Gewohnheitsrecht alles Recht absorbiere (§ 2 III a). Das praktische Recht dagegen wendet alle positiven Rechtsquellen der Gegenwart an: neben Gesetz, Gewohnheitsrecht, suo loco, d. i. in noch festzustellender Reihenfolge auch Naturrecht. (§ 6 II B, b, § 7.)

Wie nun im positiven Rechtsleben und in der Gesetzgebung nur ein Geist des Naturrechts gleichzeitig neben einem Körper der Geschichte, (legislativ wenigstens ein geistiges Naturrecht, welches sich dereinst zur Geschichte verkörpert), zu leben vermag, zeigt z. B. ein schon erwähntes Beispiel des analogen Staatsrechts. Sybel bemerkt, wie im Jahre 1848 das ideale, blos vernunftgemäße geistige Ringen der deutschen Nation nach Einheit nicht den, thatsächlich gegebenen Partikularismus zu überwinden vermochte: Dies Einheitsringen nun der Vernunft des Volkes war juristisch bloßes Naturrecht, das Geschehende der Geschichte oder die Verkörperung des Rechts aber war noch der Partikularismus. Jenes Einheitsringen also im deutschen Parlamente von 1848 nach neuem Recht oder das damalige Naturrecht allein konnte noch kein besseres lebendes Recht in Deutschland erzeugen; weil sich dies Recht nicht auch zu einem „Geschehenden" einer Geschichte zu verkörpern vermochte, weil die Geschichte, der lebende Partikularismus, widerstrebte. Erst Bismarck machte Deutschland einig; er erst verstand es, im Gegensatze zu unseren Doktrinären beider Rechtsschulen, welche bisher nur immer entweder den Geist des geistesschaffenden Naturrechts allein oder die Verkörperung des Rechts in der vergangenen Geschichte allein in's Auge faßten, beide durch Gesetzgebung zu einigen, indem er dem geschichtlichen Partikularismus und dem naturrechtlichen Geistesringen des Volkes nach Einheit beim Baue des deutschen Reichs, jedem von beiden den ihm gebührenden Platz anwies. Diese Vereinigung erst von Naturrecht und vergangener Geschichte also ermöglichte ein reales geschichtliches „Leben" eines besseren Staatsrechts in Deutschland: ein deutsches Reich! (§ 4 C c.) — So aber muß jedes positive Recht und jede Gesetzgebung den Inhalt aller positiven Rechtsquellen und das Bestehen doppelter Bestandtheile des Rechtes beachten: suo loco das geschichtliche: gesetzliche oder Gewohnheitsrecht, und suo loco die Rechtsquelle des Naturrechts oder dessen innere Gründe innerhalb des sogenannten Juristenrechts. — Dieses erste Grundgesetz, das Gelten dieses „Naturrechts" neben dem von der historischen Schule gelehrten Rechte, hat der Verf. schon früher berührt; (m. vgl. des Verf. „Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio", Erlangen, Deichert 1884 S. 168—171; in diesen Untersuchungen § 1, 5 III, § 5, III, 2). Der Grund, warum jenes mit der Geschichte vereint sein muß, werden

Digitized by Google

wir unter b noch näher ersehen; er ist der erwähnte: weil das geschichtliche Recht lebt mit Geist und Körper. — Für das Dasein dieses ersten Grundgesetzes endlich ergeben sich folgende nähere Nachweise. —

1. Vor allem wird schon Begriff und Wesen der beiden einseitigen Rechte unserer bisherigen Rechtsschulen, des Naturrechts und geschichtlichen, die Nothwendigkeit eines Nebeneinanderbestehens dieser beiden Rechte zeigen; (vgl. § 1, 5 I und II mit § 7 A 1). — Ein geschichtliches Recht nämlich ist, zufolge des Wesens einer Geschichte als eines bereits früher Geschehenen, begrifflich nichts, als die Anwendung eines, bereits früher festgestellten Rechts: eines Gesetzes, Gewohnheitsrechtes; ein Naturrecht dagegen ist begrifflich ein Neuschaffen eines Rechts aus Geist und Vernunft. Die Erfahrung nun des Lebens zeigt, daß alles in der Geschichte bereits festgestellte Recht, Gesetz, Gewohnheitsrecht, selbst frühere Präjudizien nicht selten nimmermehr ausreichen können, um die Mannigfaltigkeit der Fragen des realen Rechtslebens und der Praxis sämmtlich direkt zu regeln. Bei dem Mangel jedes früher festgestellten, geschichtlichen Rechts muß daher, wenn ein Recht überhaupt gewährt und der anhängige Rechtsfall überhaupt entschieden werden soll, — eben wegen Mangels jedes praecedens — ein geistiges Neuschaffen des Rechts eintreten; dies Neuschaffen aber ist begrifflich eben Naturrecht: Deshalb muß neben dem geschichtlichen Rechte, Gesetz, Gewohnheitsrecht ꝛc. nothwendig fortwährend Naturrecht (sogenanntes Juristen-, wissenschaftliches Recht) gelten!

2. Zu dem gleichen Resultate wird uns eine realistische Lebensanschauung des realen Geltens im Rechte, oder Erfahrung und Bedürfnis der täglichen wirklichen Anwendung des Rechts führen! Fragen wir noch näher, wie äußert sich dies Geschehen, die Geschichte im Rechte? Uebersetzen wir uns auf diese Weise doch endlich einmal die, blos aprioristische Anschauung der historischen Schule von dem Begriffe Geschichte, deren nur a priori „gemachte" Phrase „Geschichte", welche die Schule willkürlich als „Vergangenheit"! bezeichnet, in das Reale, Praktische, in einen von uns concret faßbaren Akt: Was „geschieht" erfahrungsgemäß im positiven Rechte, wenn wir je überhaupt Recht finden wollen? Und zwar, da wir nun einmal in einer Gegenwart leben, nicht in einer Vergangenheit: was geschieht empirisch behufs des Rechtfindens in der „Gegenwart" nach positiven Regeln? Diese induktive Analyse des allgemeinen Begriffes „Geschichte" wird dann gleichfalls folgendes einfaches Resultat ergeben.

Wir setzen damit den Fall, daß wir heutzutage in der Praxis: als Richter, Anwälte ꝛc. einen Rechtsfall lösen, oder in der Theorie: als Lehrer eine Rechtsfrage lehren, als Schriftsteller über dieselbe eine Monographie schreiben wollten. Was werden wir da erfahrungsgemäß thun und was würde so in der „Geschichte" der Gegenwart empirisch von uns in positiver Weise in der That geschehen? — Regelmäßig werden wir uns dann als Praktiker zunächst erfahrungs-



Digitized by Google

gemäß zuerst fragen: Liegt ein Gesetz oder etwa ein Gewohnheitsrecht vor? Liegt beides vor, dann werden wir wieder fragen: was ist das jüngere der Gegenwart? Denn bekanntlich hebt die jüngere Rechtsquelle, das jüngere Gesetz oder Gewohnheitsrecht der Gegenwart das ältere, vergangene von beiden auf. Damit haben wir ein erstes empirisches Resultat. Wir wenden lebende „Geschichte der Gegenwart" an. — Haben wir nun aber das, schon dagewesene, fortlebende Recht der Geschichte erforscht: keinerlei Geschichte, kein Gesetz, kein Gewohnheitsrecht, nicht einmal ein früheres Präjudiz zeigt uns irgend eine Lösung: Wie schon bemerkt, werden erfahrene Juristen bestätigen, daß solche Fälle nicht selten sind! Wir müssen unseren Rechtsfall aber dennoch entscheiden! Was dann? Dann hat die praktische Welt von jeher sich das nothwendige Recht geistig selbst schaffen müssen; und das war: Naturrecht! Wir sehen also schon hier, wie doktrinär die aprioristische Anschauung unserer bisherigen Schulen ist, daß fortwährend nur einseitig entweder Naturrecht oder Geschichte im Rechte gelten könne, daß diese beiden Schulen je ernstliche Gegensätze sein könnten! — Damit haben wir aber wohl für die Praxis den allzugelehrten Begriff der Geschichte unserer historischen Doktrin empirisch nach den Erfahrungsgrundgesetzen des realen geschichtlichen Lebens des Rechts und der Praxis aufgelöst. Die wirkliche, alltägliche Geschichte der Anwendung des Rechts in der Praxis zeigt, daß in realer Wirklichkeit Geschichte neben Naturrecht gilt! — Dies zeigt aber auch die Rechtsfindung unserer Doktrin. Die historische Schule glaubte zwar einseitig Geschichte anwenden zu können. Diese, alles Naturrecht verdammende historische Schule hat aber unbewußt von jeher genau ebensoviel Naturrecht angewendet, wie die Praxis (§ 7 A 2)! Ebenso hat auch umgekehrt das Naturrecht, welches einseitig den Geist des Naturrechts anwenden zu können wähnte und die Geschichte als geistlos verwarf, mit der Praxis, in der Meinung, bloßes Naturrecht darzustellen, fortwährend unbewußt zugleich lebende Geschichte dargestellt. Wir haben dies bereits erwähnt. (§ 1, 5 I, vgl. § 7 A 2.) — — So wendet alles real lebende Recht von jeher, wenn auch unbewußt, Geschichte neben Naturrecht an. Namentlich in seinen Neubildungen. Deren Institute selbst, wie Erbverträge, Reallasten, Schmerzengeld ꝛc. ꝛc. z. B. stehen zwar an sich zumeist durch Geschichte, Gewohnheitsrecht ꝛc. fest; fast ihre ganze Casuistik aber ist bis jetzt noch regelmäßig weder durch Gesetz, noch durch Gewohnheitsrecht fixiert: Diese ganze Casuistik also ist Naturrecht. Und hier besonders haben Germanisten wie Praktiker stets Naturrecht neben Geschichte angewendet!

Wir haben nun noch erwähnt, daß dies unbewußte Anwenden von Geschichte neben Naturrecht, somit eine Uebung einer praktischen „Schule" seitens der Praxis, bisher nur stillschweigend und „concludent" geschehe. Können wir auch dafür aus der Erfahrung des Lebens Belege bieten? — Auch diese Frage wird zu bejahen sein! Die Uebung der Praxis ist so zwar noch bis heutzutage eine vielfältig

Digitized by Google

theoretisch unbewußte, aber trotzdem von jeher eine sehr concludente! Einzig Sache einer längeren „Erfahrung" der Praxis (eines Nichtverlegenseins, § 1, 3 S. 64—65) und eines durch diese fortgesetzte stillschweigende Uebung gewonnenen sicheren „Taktes" ist es da, was entscheidet: Ein Takt, welchen man freilich aus den Hörsälen einer historischen Rechtsschule mit ihrem vergangenen Rechte nicht mitbringen konnte, weil dort eben dies „andere", reale, praktisch lebende Recht nicht gelehrt wurde; ein Takt, welchen gegenüber den Antiquitäten dieser historischen wie gegenüber den Utopien einer Naturrechtsschule die Uebung der Praxis stets zu bewahren hatte: Das war wenigstens bisher nothgedrungen das Rechtfinden des Praktikers! Gesunder Takt war es allein, welcher ermöglichte, den Ort verlässig zu finden, wo gegenüber den extremen Ueberschwänglichkeiten des Naturrechts: Geschichte, und umgekehrt gegenüber den Antiquitäten der historischen Schule: Naturrecht anzuwenden war, um: die richtige Grenzlinie zwischen beiden einzuhalten. Je mehr der einzelne Praktiker, erst durch Uebung oder diesen angebornen, von der Universität nicht mitgebrachten Takt, diese Gabe der Ausscheidung und die sonstigen concludent geübten Principien der Praxis sich zu eigen gemacht hatte, ein desto besserer Praktiker erschien er bisher: Bisher somit durfte allerdings ein Praktiker nicht blos ein gelernter und gelehrter Jurist sein; dies hätte ihn irreführen können: er mußte auch ein erfahrner und ein, in der Civilrechtspraxis speciell nicht „verlegener" (§ 1 Ziff. 3) sein. Ein überdies theoretisches sich Rechenschaft Geben aber, wann und warum die eine oder die andere Rechtsquelle der Geschichte oder des Naturrechts anzuwenden sei, eine solche Theorie des praktischen Rechts, vermied unsere, von den doktrinären Extremen verfolgte Praxis sogar, wie schon in § 3 gezeigt, schon infolge der Panik des 19. Jahrhunderts, welche jetzt noch nachwirkt, bis zur Stunde; um nicht einräumen zu müssen, daß sie in der That zum Theil das, damals auch in der richtigen Anwendung noch staatsgefährlich scheinende, theilweise Gift (§ 1, 5 I a. E.) des Naturrechts anwende! — Daher erklärt sich bisher aber auch umgekehrt die Unvertrautheit der Schule Savigny's, soweit sie lediglich auf Universitäten herangebildet wurde, mit dem real lebenden, nur stillschweigend und concludent geübten praktisch gegebenen Rechte und dessen Inhalt. Und diese Unkenntnis der Doktrinen wie dieser Mangel eines, sich bewußten Rechenschaft Gebens auf Seite der Praxis selbst wird fortdauern, wie gesagt, solange, bis wir Praktiker, gleich dereinst etwa dem »scriba Gn. Flavius«, diese, noch nicht theoretisch bekannten Partien des lebenden praktischen Rechts, dieses noch unentdeckten Welttheiles, dieses Afrika der Jurisprudenz, in einer „praktischen Theorie" wahr in Begriffe zu fassen versuchen, und so diese Grundprincipien oder die Schule dieses Rechts zum Gemeingut der Oeffentlichkeit gestalten. — Sehen wir nun an Beispielen, wie — alternierend — so in der Beobachtung des Rechtslebens ergraute Richter stillschweigend, zum Theil vielleicht



Digitized by Google

unbewußt, doch aber stets sehr concludent, bald Geschichte, bald Naturrecht anwenden und dennoch die Grenzlinie zwischen beiden genau und treffend einzuhalten vermögen? Solche Beispiele mögen etwa folgende Fälle zeigen!

α) Erfahrungsgemäße, „concludente" Anwendung von Geschichte innerhalb der Praxis, selbst da, wo ein Naturrecht versuchen würde, die Uebung der Praxis irrezuführen! — Denken wir uns, um die Neige des 18. oder am Beginne des 19. Jahrhunderts, solange die Naturrechtslehre noch florierte, hätte ein namhafter juristischer Schriftsteller in der Litteratur, ein berühmter „Naturrechtslehrer" auf Universität, ein öffentlicher Redner in einem Parlamente, ein sonstiger bedeutender Philosoph ꝛc. mit noch so beredten Gründen folgende naturrechtliche Reformen innerhalb des, bis dahin noch zufolge eines Gesetzes oder zufolge Gewohnheitsrechtes „geschichtlich" feststehenden, positiven Rechts vorgeschlagen: Wie Vernunft und Billigkeit verlange, daß — bevor noch eine Gesetzgebung ähnliches angeordnet hätte — frühere geschichtlich gegebene Frohnten, Leibeigenschaften, gewisse Zehnten, Prügelstrafen, Kirchenbaulasten, gewisse Privilegien der Fideicommisse, eine Verjährung oder Ersitzung, Verschollenheitsfristen ꝛc. naturrechtlich als Unrecht zu beseitigen seien; daß gewisse Strafverfolgungen wegen Verletzung der Sitte oder Religion, als der menschlichen „Freiheit" und Vernunft, der Freiheit des Gewissens zuwider, zu streichen seien. Neuerdings erst begegnen wir ja wieder „naturrechtlichen" Agitationen z. B. für Aufhebung der Todesstrafe: Würden nun in früherer Zeit oder jetzt, auf derartige Naturrechtsgründe allein hin, von unserem bisherigen „geschichtlichen" Rechte: vom Gesetz und Gewohnheitsrechte, je ein Richter abgewichen sein? So also, daß er aus subjektiven Naturrechtsgründen sofort nicht mehr auf Todesstrafe erkannt, Fideicommisse, Verjährung, Ersitzung, Kirchenbaulasten ꝛc. nicht mehr als Recht beachtet hätte? Von abnormen persönlichen Fällen abgesehen gewiß niemals! Schon zur Zeit der höchsten Blüthe des Naturrechts wird kein Richter so gegen historisches Recht verstoßen haben! Warum nicht? Hier haben wir eben Fälle, in welchen unsere Praxis, obwohl ihr bisher niemals auch theoretisch gelehrte, principielle Unterscheidungsmerkmale unterstützend zur Seite standen, unbewußt, erfahrungsgemäß, sagen wir instinktmäßig, aber stets sehr concludent, dennoch Grundprincipien übte, welche sich in ihr als ein, mit uns geborenes, unwillkürlich „lebendes" Recht stillschweigend und concludent wie ein juristischer Takt äußerten. Wie so allerdings unsere Praxis nie in einer Naturrechtsschule ganz aufgegangen ist und unberechtigt nie Naturrecht anwendete: Und zwar längst, bevor uns die Offenbarung einer Schule Hugo's und Savigny's auch theoretisch wieder zum Bewußtsein gebracht hat, daß regelmäßig primär an einer Geschichte: Gesetz und Gewohnheit, festzuhalten sei! Dies primäre regelmäßige Festhalten an Geschichte, ehe wir zu einem Neuschaffen eines Rechts, zum Naturrecht unsere

Digitized by Google

Zuflucht nehmen dürfen, wird so von jeher die unbewußte Uebung unserer Praxis gewesen sein. Diese Geltung einer „Geschichte" des Rechts ist und lebt so am rechten Orte thatsächlich auch in unserer Praxis in Geltung, — ähnlich, wie bei Savigny's Gleichnissen von der Herrschaft der Sprache, Sitte, Verfassung, vollständig unwillkürlich und concludent! — Nun ein Gegenspiel: —

β) Umgekehrt: Erfahrungsgemäße, „concludente" Anwendung eines gegebenen Naturrechts seitens unserer Praxis: selbst im Gegensatze zu einer Geschichte! — Vergegenwärtigen wir uns hier wieder beispielsweise zunächst die, bereits oben erwähnten Neubildungen der Praxis in § 2 I 2, in welchen die einzelnen Institute zwar an sich durch Gewohnheitsrecht oder Gesetz feststehen, dieselben aber jedes geschichtlichen, gewohnheitsrechtlichen, gesetzlichen Ausbaues ihrer Casuistik, der Entstehung oder Endigung ihres Rechtes, ihrer Klagenverjährung ꝛc. entbehren. Unsere Richter dürfen nun zwar auch hier eine Rechtsprechung nicht verweigern. Wird aber hier irgend ein Richter entweder mit der älteren historischen Schule Savigny's suchen, etwa blos aus „geschichtlichen" Quellen und Antiquitäten allein, etwa aus einem Gajus, aus Ulpian's Fragmenten, aus Volksrechten, aus Sachsen- oder Schwabenspiegeln, bloßes vergangenes Recht an Stelle selbstgefundenen Naturrechts, oder auch zufolge anderer Theorien, z. B. aus fremden Rechten zufolge einer „vergleichenden" Rechtswissenschaft, andere unmittelbar anwendbare Rechtssätze als geschichtlich gegebenes, positives Recht zu einer direkten buchstäblichen Anwendung gewinnen und solche allegieren dürfen, nur, um nicht Naturrecht anzuwenden? Selbst dann, wenn diese Fragen in dieser Geschichte einer Vergangenheit oder der Geschichte eines anderen Ortes wirklich gelöst wären, (wie es doch niemals ausreichend der Fall ist)? Würde ein Richter wenigstens unterlassen, etwaige innere, naturrechtliche Gründe, welche ja auch in solchen Ueberlieferungen immerhin vorliegen können, mittels seiner geistigen Thätigkeit, mittels ratio, Vernunft, Billigkeit, Natur der Sache selbst nachzuprüfen, i. e. in solchen Fällen concludent wenigstens Naturrecht anzuwenden? Wird er all dies deshalb unterlassen können, weil die Schule Savigny's die Anwendung eines Naturrechts verdammt und vergangenes Recht fordert? Hat diese Anwendung eines Naturrechts trotz ihres theoretischen Verdammens überdies die historische Schule selbst, besonders das deutsche Privatrecht, je unterlassen? — Oder ein anderes Bild der Anwendung eines Naturrechts, selbst gegen die direkten Vorschriften eines geschriebenen historischen, jetzt aber gewohnheitsrechtlich nicht mehr lebenden Rechts! Eine, bei uns recipierte Gesetzgebung des römischen Rechts erklärt den Sklavenhandel, Stipulationen für berechtigt, formlose Verträge dagegen für unberechtigt. Eine Carolina befahl während ihrer gemeinrechtlichen, bis auf wenige Decennien herunter datierenden, Geltung: das Verbrennen von Zauberern oder Hexen, die Folter, grausame Strafmaße. Ein bis vor wenigen Decennien geltender

Digitized by Google

bayerischer Judiciarcodex Kreitmair's von 1753 (X § 11, 4) schrieb gesetzlich noch die Unglaubwürdigkeit armer Zeugen vor, ohne daß dies die Praxis beachtete. Oder ein Rechtsbegriff ist von einem Gesetzgeber neuerdings falsch construiert. Ein jus in re beispielsweise ist als persönliche Obligation, ein Eigenthum als Besitz definiert: Wird hier in solchen allerdings sporadischen und singulären Fällen (§ 7 A 4) die Phrase „Geschichte" unserer historischen Schule unsere Praktiker und unsere einsichtigere Doktrin nach erlangter Kenntnis der Unmöglichkeit dieser Vorschriften abhalten, sofort selbst gegen ein „geschichtlich" gegebenes Recht: selbst gegen das Gesetz, ein Naturrecht darzustellen, auch ohne daß wir diese Abweichung bisher vielleicht durch ein theoretisches Princip des lebenden oder praktischen Rechts zu begründen vermochten? Die Erfahrung zeigt das Gegentheil: Sobald das alte Recht so veraltet war, haben für das, an die Stelle tretende neue die Gerichte in solchen Fällen stets „Naturrecht" angewendet! Und wohl bei näherer Gewissenserforschung auch unsere Doktrin! Berechtigt ist ja dies auf Grund einer Empirie der Rechtsquellen (§ 6 II B, § 7 A 4)! Hier also zeigt sich umgekehrt das positive Leben, die concludente Anwendung eines Naturrechts innerhalb des lebenden Rechts unserer Praxis und zum Theil unserer Theorie und Doktrin: eine Anwendung eines Naturrechts selbst entgegen einem Gesetze!

So wird eine stillschweigende, aber „concludente" und berechtigte Rechtsprechung unserer Praxis des Civilrechts von jeher — erfahrungsgemäß in ganz bestimmten, unbewußt zwar, aber doch unwillkürlich eingehaltenen Grenzen und nach festen Gesetzen — bald eine Geschichte, bald neben und selbst statt derselben ein Naturrecht anwenden. Diese allein juristisch correcte Praxis nun aber wird sich wohl jetzt endlich ohne Mühe in Worte, in eine praktische Theorie wie selbst in eine praktische Doktrin übersetzen lassen: In das eben erwähnte gegebene, feste, wörtlich copierte Grundgesetz und Princip des lebenden Rechts nämlich, daß eben im Allgemeinen mechanisch schon: Geschichte, oder exakter geschichtliche Rechtsquellen: Gesetz und Gewohnheitsrecht, neben Naturrecht (Juristenrecht) positiv gelten! — In welchen einzelnen Fällen? Davon unten § 7. —

Ebenso würde wohl die gesammte Geschichte der Rechtsübung überhaupt dasselbe Grundgesetz zeigen, wie von jeher eine „Geschichte neben Naturrecht": ein Gegebenes neben einem neu zu schaffenden Rechte, als positives Recht gegolten hat! — Denn sollten jemals die Bürger: eines neu gegründeten Staates von Anfang an eine Zeit lang rechtlos gewesen sein, einem Doktrinär zu lieb, weil auch für sie nur eine „Geschichte einer gesammten Vergangenheit" nach Savigny bestehen sollte? Ist nicht auch später eine moralisch ordnende Macht, ein Recht allüberall in Staat, Gemeinde, der Familie, wie für den Einzelnen unwillkürlich, gleich einer Sitte mit uns geboren; auch da, wo nach der Gepflogenheit der historischen Schule ein Pergament einer geschichtlichen Vergangenheit noch nicht zu Rathe gezogen werden

Digitized by Google

kann? Wir haben schon erwähnt, wie häufig jeder Einzelne von uns vielleicht in Staat, Kirche, Gemeinde, als Familienoberhaupt und als Einzelner sich — ohne Familiencodex, Papier und Urkunde — auf sein Gewissen: auf ein Naturrecht allein verwiesen sieht, ohne daß ihm also ein Recht der Vergangenheit: eine Geschichte zur Seite steht! So ist die Anwendung von Geschichte neben Naturrecht im größeren Ganzen wie im alltäglichen Leben eine Erfahrung der Wirklichkeit und Nothwendigkeit, welche sich jedem rechtübenden Laien wie Juristen: dem Richter, Anwalt, Consulenten, Notare, Schriftsteller und objektiven Lehrer aufdrängt: nur nicht dem Anhänger einer aprioristisch extremen Schule, dem, tendenzmäßig von einem „aprioristisch" erfundenen Rechte einer gesammten Vergangenheit ausgehenden, von den Erfahrungen des Lebens principiell abgewandten Doktrinäre der älteren historischen Schule! Nicht für jeden Fall also können wir ein Gesetzbuch aufschlagen; nicht für jeden eine Aufzeichnung eines Gewohnheitsrechts ꝛc. finden. Wir stehen im Leben; und nicht selten müssen wir eben da nachschlagen: in dem Buche des Lebens des Rechts: und seiner Naturgesetze selbst. Auch die Geschichte (§ 7 A 2) wird so die Einseitigkeit der geschichtlichen Schule verurtheilen, als ob alles Recht auf Geschichte allein, geschweige auf geschichtlicher „Vergangenheit" beruhen könne! Allerdings zeigt hienach auch jede Geschichte die Geltung eines Naturrechts, wenn auch das Naturrecht an sich, das Neuschaffen des Rechts, ein wissenschaftlicher Gegensatz ist zu dem wissenschaftlichen Finden des Gegebenen einer Geschichte. Daß aber deshalb alles Naturrecht, selbst am rechten Platze: neben Geschichte, Willkür sei, dieser Vorwurf ist hienach gewiß nur doktrinärer Parteikampfesruf und Einwand, nicht eine Wirklichkeit! — Damit zeigt auch zweifellos eine Erfahrung zur Genüge, daß und wie von jeher Leben, Theorie und Praxis grundgesetzlich ein Naturrecht neben einer Geschichte anwendet!

γ) Hier ist nun wirklich durch doktrinäre Beeinflussung in unserer neuesten Jurisprudenz u. a. folgende Anschauung geläufig geworden, welche offenbar bestimmt sein sollte, das Naturrecht zu verdecken und scheinbar als entbehrlich zu zeigen! Wenn ein Ganzes eines Rechts Lücken oder Widersprüche zeige, glaubt Windscheid, (Pand. § 23), müsse der eigentliche Gedanke des „Rechtsganzen" erkannt werden. Aus diesem Rechtsganzen, nicht aus Naturrecht, seien diese Lücken zu ergänzen. Diese Anschauung hat selbst auf den, inzwischen gestrichenen § 1 des ersten d. Civil-Ges.-Buch-Entwurfes von 1888 einen Einfluß gewonnen. (Motive I, S. 16 Ziff. 3.) — Es soll aber doch hier eine „Lücke" ergänzt werden. Weil eine Lücke vorliegt, muß wohl hier das Rechtsganze des Gesetzes keine Bestimmung enthalten. Weil ferner diese Lücke des Rechtsganzen, d. i. ein Fehlen einer Geschichte, eines Gesetzes, vorliegt, kann diese Lücke doch allein durch geistiges Neuschaffen eines Rechts ersetzt werden. Wie anders? Dieses geistige Neuschaffen eines Rechts ist aber schon das Wesen

Digitized by Google

eines „Naturrechts". Wie nun diese nun einmal vorhandene Lücke trotzdem nicht aus Naturrecht, sondern aus irgend einem, vom Naturrechte verschiedenen „Rechtsganzen" ersetzt werden sollte, welches doch hier keine Bestimmung zeigt, darüber wird uns Windscheid die Antwort schuldig bleiben. Offenbar hat hier die Tendenz des vermeintlichen Historikers Windscheid mitgespielt, welcher das Naturrecht nicht nennen wollte, welches er dennoch nothgedrungen anwendet! Windscheid hat hier offenbar übersehen, daß ein Naturrecht auf zweifachem Wege geschaffen wird. Einmal aus dem Rechtsganzen, wie er meint, mittels Analogie: da wo im Gesetze wenigstens ähnliche Gesetzesbestimmungen vorliegen, welche eine Analogie zulassen und dann gebieten. Daß aber das Recht zweitens auch Fälle zeigt, in welchen das bisherige Rechtsganze, jedes Gesetz, Gewohnheitsrecht 2c. nicht einmal ähnliche Fälle zeigt; in welchen also aus dem Rechtsganzen auch keine analoge Ergänzung der Lücke möglich und deshalb dennoch eine Ergänzung der Lücke ohne das hier schweigende Rechtsganze geboten ist (§ 7 A 1). Das Entscheidende aber ist noch, daß Windscheid übersieht, daß diese beiden Fälle ein geistiges Schaffen eines Rechts, i. e. ein Naturrecht enthalten! Denn auch die bloße Erschließung von Analogieen aus dem Rechtsganzen ist nicht schon „gegebene" Geschichte, sondern eine geistige Operation! Beide Fälle haben allerdings kein „aprioristisches", sondern ein „empirisches" Naturrecht zu sein; (§ 7 A 1 u. § 1, 5 I.)

3. Einen weiter durchschlagenden Beweis endlich noch für die Nothwendigkeit der Anerkennung eines, von uns erst geistig zu schaffenden, Naturrechts neben Geschichte wird die Beschaffenheit unserer Rechtsstoffe selbst ergeben: Daß nämlich — neben festen, nur durch eine Geschichte (Gesetz, Gewohnheitsrecht 2c.) feststellbaren Rechtsbestandtheilen — auch flüssige Rechtsbestandtheile existieren, d. i. solche, welche schon ihrer Natur nach nur durch innere Gründe oder Naturrecht, niemals durch das äußere Commando eines Gesetzgebers oder die Macht der Gewohnheit und Geschichte überhaupt wissenschaftlich genügend festgestellt werden können; (davon unten § 6 II B c). Denn wenn Rechtsbestandtheile bestehen, welche nur durch Naturrecht überhaupt geregelt werden können, so folgt doch mit Nothwendigkeit, daß das Recht wenigstens theilweise Naturrecht neben Geschichte enthalten muß! — Mit diesen Gründen aber dürfte das erste (mechanische) Grundgesetz unseres praktischen Rechts, daß „Naturrecht neben Geschichte" anzuwenden sei, zur Genüge erwiesen erscheinen! —

b) Zweitens organisches Grundgesetz: Ein sich bewegendes „Leben" des Rechts! — Das empirische Recht ist zwar abstrakt unwillkürlich gegeben; aber nicht nach dem Ausführungsprincipe der historischen Schule: „Der Stoff*) des Rechts ist durch die gesammte

*) Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. I, 1815 S. 6. — Ueber eine, vom Verf. über den Begriff des „Stoffes" (der Materie) des Rechts der gesammten Vergangenheit mit E. J. Bekker durchberathene Controverse vgl. des Verf. Schrift: „Zur Kritik der heutigen Negatorien u. Conf.-Klage" 2c., Jena, Mauke's Verlag 1873, u. a. S. 64 ff.

Digitized by Google

„Vergangenheit" der Nation gegeben!" Das Wesen des geltenden Rechts vielmehr ist kein stabiler „vergangener Stoff", sondern eine Bewegung, ein Entwickeln, ein durch die höhere Kraft einer Schöpfung gegebenes organisches „Leben" des Rechts eines jeden Volkes, welches theils thatsächliche, theils geistige, theils technische veränderliche Stoffe oder Materien nach § 2 II a organisch in sich vereinigt! Es ist so ein sich bewegender Organismus mit Geist und Körper, vergleichbar dem sich entwickelnden Leben des Menschen mit seinem Geist und Körper! Nur dies „Leben" ist gegeben, nur diese Bewegung, nur der Stoffwechsel dieses Lebens! Aus diesem organischen „Leben", nicht aus den stabilen Stoffen der vergangenen Geschichte, ist deshalb auch das Recht mittels der Rechtsquellen unmittelbar zu erfassen: Denn dieser lebende Organismus und die Rechtsquellen vereinigen oder vermählen eben die Stoffe organisch, welche die beiden bisherigen aprioristischen Rechtsschulen des Naturrechts und der historischen Schule nur einseitig als gegeben und herrschend erachten!

Dieses „Leben" des Rechts nämlich umfaßt einmal einen Geist, ein Geistesschaffen, welches für sich allein schon ein Recht, ein Naturrecht sein kann, soferne es für sich allein zum Geschehen als Recht, zur Geschichte durchdringt, und welches regelmäßig nur durchdringen darf, wo eine frühere Geschichte eines Rechts, ein fixierter Geist, ein Geschehenes als Gesetz, Gewohnheitsrecht noch nicht gegeben ist. Dieser Geist ist das unmittelbare Gelten und Herrschen einer lebenden mit den Menschen fortschreitenden geistigen Idee, einer moralischen Macht der Gegenwart, einer Ueberzeugung des Volkes als organisierten Ganzen oder der, sein Rechtsprechen besorgenden Juristen. — Und zweitens umfaßt dies Leben einen Körper, eine Verkörperung dieser geistigen Ideen zu dem realen Geschehen, welches die Geschichte ist: zu Gesetz, Gewohnheitsrecht ꝛc.

Jedes „Leben" nämlich, jede Rechtsquelle, auch die lebende Geschichte belebt der Geist, im Rechte der Geist eines Naturrechts! Die Verkörperung des Geistes zu einer Geschichte aber erscheint, wie erwähnt, im Natur- oder Juristenrechte ein unmittelbares sich Verkörpern des Geistes zu einem Geschehen oder einer Geschichte. Dieses, einmal bereits Geschehene zeigt sich uns aber alsdann in kommenden Fällen nicht mehr als geistiger Naturrechtsgrund eines Urtheilenden allein; sondern dann spiegelt es sich bereits wieder: entweder in einer einfachen schriftlichen Aufzeichnung oder Lehre, welches die secundäre, aufgespeicherte Aufzeichnung dieses Geistesproduktes ist; auch schon ein Präjudiz und eine aufgezeichnete Lehre aber ist eine Geschichte! (§ 7 B 2.) Oder dieser Geist des Naturrechts fixiert sich vollends infolge constanter Uebung weiter zur Geschichte des Gewohnheitsrechtes oder zum Machtspruche des Gesetzgebers. — — Zwar läßt sich nun auch dieser Geist des Naturrechts von dem Körper des Rechts, der Geschichte, wie soeben zu γ a gezeigt, mechanisch unterscheiden; aber nur begrifflich zum Zwecke einer Lehre, gleichwie etwa der Anatom

Digitized by Google

noch an dem todten Körper ohne Geist, der Philosoph an dem Geiste ohne Körper studiert; niemals aber real, weil nur Geist und Körper organisch vereinigt leben oder dauernd real existieren. Mit dem Geiste nämlich entflieht dem Körper oder der Geschichte des Rechts das Leben; z. B. die, im corpus juris blos geschichtlich überlieferte stipulatio, Sklaverei, das constitutum debiti ist todt. Ebenso ist ein einseitiger Geist des Naturrechts ohne Verkörperung zur Geschichte: bald eine Utopie; wie z. B. die philosophische Agitation zur Aufhebung der Todesstrafe; bald, wenn eine Zeit lang mit Gewalt dennoch durchgeführt, ein nicht lebensfähiger Terrorismus eines französischen Direktoriums etwa, oder Anarchie ꝛc.! — Auch jede „einzelne" Rechtsquelle belebt so aber der Geist des Naturrechts, und dieses Naturrecht ist deshalb in jeder Rechtsquelle mitenthalten. So verkörpert sich z. B. im Juristenrechte das Naturrecht allein zur Geschichte; ein fortlebender, bereits zur Geschichte gewordener (und insoferne zugleich vergangener) Geist verkörpert sich ferner als opinio necessitatis durch fortgesetzte Geschichte einer Uebung zum Gewohnheitsrechte; und endlich der Geist, das Naturrecht des Gesetzgebers verkörpert sich zuvor, vor der Anwendung zu der Geschichte des Gesetzes, welches aber, ohne geistige Ueberzeugung, durch Wegfallen des Gedankens des Gesetzgebers schon, dogmatisch wieder seine Geltung verliert, (Savigny Syst. I § 33 f., cf. § 37), oder allmälig auch durch Gewohnheitsrecht, oder selbst durch primäres Naturrecht (§ 7 A 4), oder wieder durch neues Gesetz beseitigt werden wird, wie die Antiquitäten einer Carolina, der leges barbarorum etc. beweisen. Ist dieser Geist aber mit dem Körper der Geschichte des Rechts verbunden, dann lebt in diesem Rechte nicht nur, wie gesagt, das geschichtliche Recht überhaupt, jede einzelne Rechtsquelle, sondern es lebt in ihm dann auch jeder einzelne Stoff: selbst die festen Bestandtheile (6 II B c 1) dieses Rechts leben und entwickeln sich dann im Einzelnen noch zum Fortschreiten oder Verfalle, vergleichbar etwa den, sich entwickelnden festen Stoffen des menschlichen Körpers, ähnlich, wie etwa das Knochengerüste, die Haare des Hauptes, die einzelnen Muskeln wachsen, sich entwickeln, verfallen: Das lebende Recht wie der lebende Körper des Menschen unterliegt so durchgängig dem Leben und dem Stoffwechsel! — Dies die verschiedenen Aeußerungen des Lebens des Rechts! —

Deshalb aber, weil alles Recht bis in jede einzelne Partikel lebt, ist das eigentliche Schulprincip der historischen Schule niemals wahr gewesen, daß das Recht ein bloßer mechanischer, ausgegrabener „Stoff" irgend einer „Vergangenheit" sein könnte; ein theils stabiler, theils todter Stoff, welcher sich so schädigend nur von Geschlecht zu Geschlecht, wie eine ewige Krankheit, fortschleppen würde! Bereits in § 1, 5 III, § 2 II b wurde ja gezeigt, wie dies eine Verwechslung sein würde: bald der Urstoffe oder Elemente mit dem concreten Stoffwechsel, bald des gewordenen einzelnen „Produktes" des Lebens des Rechts, der Menschheit und der Völker mit diesem

Digitized by Google

Leben im Allgemeinen, eine Verwechslung somit des Entstehens mit dem Bestehen oder Gelten, der Gattung mit der concreten Art, des Absoluten mit dem Menschlichen, des ewigen Kreislaufes der Weltgesetze mit dem momentan herrschenden gesetzesgemäßen Bewegen, des Mechanischen mit dem Organischen. — So werden wir auch im Wissen des Rechts vom Stoffe zum „organischen Leben“ fortschreiten müssen, gleich einer empirischen Chemie, welche von der anorganischen Chemie des Stoffes zu einer „organischen“ fortgeschritten ist! Denn nicht blos die Chemie, sondern alles „Leben“ zeigt organische Veränderungen, auch das Leben des Rechts! So zeigt auch jede Pflanze beim Erstarken: Samenbildung und Befruchtung, jedes lebende Geschöpf: das Beginnen und Enden der Entwicklung des Eies, der Zelle, ein Wachsen, Enden und Ersatz durch neue Generationen! Kein bloßes Ausgraben eines Vergangenen! Alles organische Leben der Völker wie des Einzelnen ferner conserviert so nicht unbedingt und unverändert die vergangenen Stoffe, welche ihm bei seiner Geburt eine Mutter Natur in's Leben mitgegeben; auch selbst nicht das Neue, was es seitdem in sich aufgenommen: Sondern immer wieder neuen flüssigen Geist wie neue feste Materien oder Stoffe des Körpers wird es in Zeit und Raum bei sich verändernden Verhältnissen in sich organisch aufnehmen müssen. Bald zwar wird es dann als ein Kind des Kronos diese Stoffe einfach verbrauchen, vernichten und wieder aussondern, bald aber zu neuem Fleische und Blute, zu neuen Gedanken und Wissen specificieren und so in neuer lebender Gestalt conservieren, solange eben dies Leben dauert. So wird auch selbst aus alten Stoffen der historischen Schule im Rechte wieder ein anderer Organismus und neues Leben erquellen, wie aus dem Ahnen der Nachkomme, aus dem Kinde der Mann und Greis als neues oder anderes Produkt und Leben der Geschichte erwächst! Mechanische Urstoffe und Gattungen, die Elemente des Stickstoffes, Kohlenstoffes, Sauerstoffes, wie im Rechte die Gattungen des Sachen-, Personen-, Obligationenrechts, werden zwar bei ihnen ewig gegeben sein. Wie aber im übrigen Leben neue Pflanzen, Thiere, Menschen, so werden sich auch aus ihnen immer wieder neue Principien und Rechtssätze wie Institute eines lebenden Rechts entwickeln können. Deshalb werden wir wohl einen „organischen Bau eines sich bewegenden Lebens“ neben dem blos mechanischen „Stoffe“ im Rechte erkennen, welchen wir jetzt auch wissenschaftlich construieren müssen.

Gleichzeitig ist es umgekehrt eine weitere Unwahrheit, wenn die historische Schule, wieder in Widerspruch mit diesem ihren eignen Grundprincipe, daß das Recht aus der geschichtlichen Vergangenheit gegeben sei, trotzdem umgekehrt annimmt: die „letzte Quelle“, der letzte Geltungsgrund oder der Uranfang des positiven Rechts sei wieder die „Vernunft der Völker allein und einseitig“! Damit fällt die historische Schule, wie schon erwähnt, bei der Frage der ersten Entstehung des Rechts von ihrem, allerdings selbst einseitigen historischen Grund-

Digitized by Google

principe ab, wonach alles Recht durch den Körper einer „Geschichte allein" gegeben sein sollte, und flüchtet sich dasselbe selbst anfänglich in das conträre, feindliche Lager des Naturrechts! Aber dieser Abfall der historischen Schule von sich selbst ist gar nicht in diesem Grade nöthig! Für die Frage der ersten Entstehung vielmehr ist es ganz und gar gleichgültig, was zuerst da war: Körper der Geschichte, oder Geist des Naturrechts! Denn das Recht lebt; sein, wie jedes Leben beginnt also erst, wenn der Geist sich mit dem Körper vermählt. Ebendeshalb ist das lebende, reale Recht erst entstanden „mit dieser Vereinigung" beider! Diese erste Entstehung des positiven, lebenden Rechts gleicht somit der ersten Entstehung des Lebens des gegebenen Menschen in der christlich-mosaischen Schöpfungsgeschichte! Es ist gleichgültig, was zuerst da war, der Menschengeist oder der Körper aus Lehm geformt: Erst wenn dem Körper der Geist, die Seele eingehaucht ist, beginnt sein Leben! So auch mit dem Leben und Gelten des Rechts. Auch ein Recht ist erst gegeben, wenn die geistige, moralische Macht des Rechts sich verkörpert; eine solche Verkörperung ohne vorausgehende Geschichte ist Naturrecht, welches blos Recht ist, wenn die Verkörperung zum Geschehen einer Geschichte ihm auf den Fuß folgt; eine solche Verkörperung infolge vorausgehender Geschichte ist: Gesetz, Gewohnheitsrecht ꝛc. Aber auch bei dem Naturrecht ist doch das Aussprechen der Vernunftgründe nur das, anfänglich allein „wahrnehmbare". Dasselbe ist nichtsdestoweniger noch kein Recht, wenn sich die geistige Rechtsidee nicht verkörpert und uns zwingt. Z. B. die oft erwähnte Naturrechtsagitation für die Aufhebung der Todesstrafe ist kein Recht, solange uns die Rechtsidee nicht ebenso zwingt, wie dereinst etwa eine Agitation für die Aufhebung einer Sklaverei, Folter. So wird auch der erste Richter und Urvater nur wirklich Recht gesprochen haben, wenn er nicht bloße Worte in den Wind spricht. Sein Wort muß vielmehr real gelten, zünden und Geschichte werden, wie geltende Sitte, Sprache, oder durch Gewalt, (Exekution) unterstützt sein. Selbst Naturrecht ist ebendeshalb nur positives Recht, wenn es „werdende Geschichte" ist. Hat das Naturrecht aber auch nur ein einziges Mal sich verkörpert, dann ist es ja überdies zugleich wahrnehmbarer Körper einer Geschichte; denn dann ist es Präcedenzfall, welchen man selbst mittels Schrift und Urkunde fixieren kann, damit sein geistiger Funke auch in andern kommenden Fällen geistig zünde und sich verkörpere oder wieder Geschichte werde! So ist also die gleichzeitige Entstehung des Rechts aus Naturrecht und Geschichte, aus Geist und Verkörperung überdies, schon nach einer ersten Anwendung auch äußerlich wahrnehmbar! (Ueber den Satz, daß auch der Präcedenzfall, das Präjudiz, Geschichte ist, unten § 7 B 2.) — Betrachten wir nun das Leben des Rechts noch in diesen seinen einzelnen Funktionen näher! —

1. Das organische lebende Recht ist vor allem ein „Geist", ein geistig zündender Gedanke, eine moralische Herrschaft oder Macht,

Digitized by Google

gleich der Macht einer lebenden Sitte, Sprache, ein lebender Stoff, eine geistig lebende Materie einer Rechtsidee, welche unser Bewußtsein mittels dieser Idee schon unwillkürlich, moralisch erfaßt, zwingt und fesselt, so daß wir ihr gehorchen müssen; auch dann schon möglicherweise fesselt, wenn vorerst ein physischer Zwang noch nicht vorliegt! Z. B. die Heiligkeit des Besitzes und Eigenthums, unserer Servituten, Reallasten, des Geltens der formlosen Verträge beherrscht uns schon ohne äußeren Zwang geistig oder moralisch als Recht; es bewegt uns so von selbst schon zu deren Achtung, zum Unterlassen des Diebstahls, der Eigenthumsbeschädigung ꝛc. Schon der bloße Gedanke also, daß eine Vorschrift Gesetz, Gewohnheitsrecht, eventuell daß sie billig, ratio und so gerichtlich anerkanntes Recht sei, ist es auf diese Weise, was unser Bewußtsein moralisch zwingt, auch ohne Vollstreckung schon zu gehorchen. — Diese uns geistig beherrschende Rechtsidee kann, wie gesagt, allerdings selbst auch ohne geschichtliches praecedens vom Juristen oder Richter erst für den Fall des Bedürfnisses aus empirischer Vernunft geistig neugeschaffen werden: dann ist sie Natur- oder Juristenrecht. Oder dieselbe geistige Rechtsidee kann geschichtlich schon früher dagewesen und so eine geschichtlich fixierte Geistesidee sein: dann ist sie das geschichtliche Recht eines Gesetzes, Gewohnheitsrechtes, Präcedenzfalles, bei welchem erfahrungsgemäß diese geistige Herrschaft der Rechtsidee aus der Vergangenheit fortlebt, als fixiertes Leben einer geistigen Rechtsidee, welche sich bereits zur Geschichte verkörpert hat. Immer aber wird die moralische Macht dieser uns beherrschenden geistigen Idee des Rechts, in der Form einer Rechtsquelle, auch geistig in unserem Bewußtsein lebend und herrschend, von uns auch noch geistig begriffen sein müssen, damit sie uns auch moralisch beherrschen und zwingen kann. Denn ohne daß wir eine, noch so wahre Rechtsidee auch nur geistig kennen, kann sie uns nicht beherrschen! Diese Idee wird alsdann im Naturrechte als aequitas etc. für den bestimmten Fall mit uns neugeboren: als neuerlich lebende geistige Herrschaft; oder sie wird als Geschichte, als Gesetz, Gewohnheitsrecht ꝛc. in jedem Falle für uns wiedergeboren, so daß die frühere vis compulsiva der Geschichte geistig fortlebt. Ja die, für uns geborne geistig herrschende Rechtsidee kann sich dann auch künftighin wieder auf kommende Generationen fortvererben. Immer aber ist sie zugleich eine geistige Idee und moralische Macht, welcher, wie ein geistig zündender Funke, auch wieder verflüchten, nach den Regeln der Rechtsquellen entstehen und wieder verschwinden kann! Immer bleibt diese geistige Idee ferner gebannt in die Formen der Rechtsquellen: des Gesetzes, Gewohnheits- und Juristenrechts. Aber nie ist sie auch diese bloße Form einer Rechtsquelle allein. Und nie vollends ist dies Recht die blos körperliche Materie eines „Stoffes" nach Savigny allein, welche nur in die Schrift als Lehre und Urkunde gebannt ist, ohne daß sie ein Geist beseelt! Es mag zwar sein, daß dieser Geist des Rechts selbst sich auch noch aus körperlichen Stoffen erzeugt,

Digitized by Google

ähnlich wie der, die Materie bewältigende elektrische Funke vielleicht aus der Kohle, der geistige Gedanke des Menschen aus der Masse des Körpers, aus dessen Gehirn sich erst erzeugt. Das aber zu untersuchen ist nicht Aufgabe des positiven Rechts, welches diesen Geist nur als „gegebenen" erfaßt; dies wäre vielmehr Aufgabe einer Schöpfungsgeschichte oder Physiologie des Menschen!

2. Das organisch lebende Recht fordert und zeigt ferner, neben diesem Geist — entweder neuerlich: wie beim positiven Naturrechte, oder immer wieder von Neuem: wie beim fixierten geschichtlichen Rechte (Gesetz und Gewohnheitsrecht) — zugleich einen Körper, eine äußere, reale „Verkörperung" der, auf den Geist moralisch wirkenden und selbst geistigen Idee des Rechts zu einem Geschehen einer Geschichte, zu einem realen Handeln, zu einem freiwilligen Handeln oder zu Zwang und damit zu einer thatsächlichen Herrschaft des Rechts, welche vom Geiste bedingt ist. — Eine „Analogie" vor allem für diese reale Verkörperung des lebenden Rechts bietet die Verkörperung des lebenden, sich bewegenden Volksgeistes in einer guten oder schlimmen herrschenden Sitte, Sprache, Verfassung. Namentlich die lebende Sitte, von den Begriffen der Ehrbarkeit und Sittlichkeit, dem guten Rufe, der Berufs- und Geschlechtsehre, bis herab zur gleichgültigsten, zum Theile kleinlichen und lästigen Sitte der alltäglichen Mode und Lebensgewohnheit, wird zwar weniger bewußt von Geist und Wollen beherrscht, und fordert auch, soweit sich nicht das Recht dieser Sitte der Ehrbarkeit ꝛc. bemächtigt, weniger physischen Zwang von uns; niemand ist beispielsweise absolut gezwungen, sich einer Mode zu unterwerfen; er unterliegt höchstens bei zu auffallender Entfernung von ihren Gesetzen, sobald wir etwa in einer Mode einer „Vergangenheit" erscheinen, dem Gelächter der Allgemeinheit. Schon hier aber läßt sich wenigstens das Verhältnis des Geistes und Wollens zu der Verkörperung als Geschehendes oder Geschichte beobachten. Der Geist ohne Verkörperung wird auch hier nicht genügen; ebensowenig wie bei subjektivem aprioristischem Naturrechte. Dies hat beispielsweise erst in den letzten Jahrzehnten Ihering mit seiner rein geistigen Agitation gegen die, von Osten vordringende lästige Sitte des „Trinkgeldunfuges" bewiesen. Dasselbe würde jeder erfahren, welcher einem lokalen Vereine gegen die lästige Sitte des Hutabnehmens oder gegen die westlichen Moden überhaupt etwa beiträte. Auch hier sind rein geistige Ideen, ohne daß sich dieselben allgemein verkörpern, wirkungslos! Dagegen hat sich in den letzten Jahrzehnten allerdings beispielsweise das Wollen, das „Zumwohlwünschen" beim Niesen zu unterlassen, zur allgemeinen Uebung „verkörpert"; diese bisherige, alltägliche Sitte ist so wirklich gefallen! Das also zeigt analog, wie Geist allein ohne reales sich Verkörpern zum Geschehen einer Geschichte keine reale Sitte und kein reales Recht erzeugt, wohl aber Geist (Wollen) mit Körper vereint, und daß umgekehrt der Körper, diese Geschichte aufhört mit dem Geiste und realen Wollen der Allgemeinheit. —

Digitized by Google

So zeigt sich aber analog auch im real lebenden und praktischen Rechte eine fortwährende „Verkörperung" der geistigen Idee des Rechtes zu seiner Geschichte, zu einem Geschehen infolge moralischen und physischen Zwanges: wenn auch nur unter bestimmten Voraussetzungen ausführbar. — Denn jeder solcher Zwang der geistigen Rechtsidee verkörpert sich legal hier nur in den „Formen" der Rechtsquellen! — — Vor allem aber genügt auch hier im Rechte nicht Geist ohne „Körper"! Selbst das geistesschaffende „Naturrecht" des Juristen- oder wissenschaftlichen Rechts ist so, wie erwähnt, bei seiner Verkörperung nicht form- und körperlos. Es genügt insbesondere nicht der aprioristische subjektive Geist des „Einzelnen", dessen Idee allein, sondern er muß sich in den Formen der Rechtsquellen verkörpern, wie soeben zu § 6 I a 2 an den Uebungen der Praxis nachgewiesen: Es genügt z. B. nicht, daß heutzutage jemand subjektiv und a priori geistig für die Aufhebung der Todesstrafe agitiert; die Beschlüsse ferner des Frankfurter Parlamentes von 1848 blieben wirkungslos, weil sich dieselben auf Geistesschaffen, Grundrechte ꝛc. zu sehr beschränkten, ohne an die Verkörperung zu denken. Selbst das Naturrecht also fordert zu seiner Verkörperung die Ueberzeugung der Gesammtheit einschlüssig der Machthaber und Organe des Rechts, der Juristen, nach Savigny (oben S. 215): das gemeinsame Bewußtsein, die gemeinsame Ueberzeugung des Volkes, welche auch das Volk als Ganzes zum Handeln, zum Geschehen bewegt. Ist diese Ueberzeugung der Allgemeinheit aber gegeben, dann allerdings bricht das Naturrecht unter Umständen selbst als primäre Rechtsquelle geschichtlich alle übrigen Rechtsquellen, selbst Gesetz und Gewohnheit. So z. B. die Agitation zur Aufhebung der Sklaverei, welche unlängst in Nordamerika zum Kriege gegen die Südstaaten und zum Zwange führte. Früher ebenso bei uns die naturrechtlichen Agitationen zur Aufhebung der Folter, des Verbrennens der Hexen und Zauberer ꝛc. Dieses Requisit der Verkörperung zur Geschichte ist es eben, was oben (§ 1, 5 I, cf. § 7 A) damit bezeichnet wurde, daß ein Naturrecht nicht blos ein aprioristisches, sondern zugleich ein „empirisches" sein müsse. Ebenso verkörpert sich der lebende Geist des Rechts, das Naturrecht und dessen materielle opinio necessitatis, wie gesagt, innerhalb der Rechtsquelle des „Gewohnheitsrechts" in der Form der constanten allgemeinen Uebung; endlich das Naturrecht, der Geist und Wille, welcher den „Gesetzgeber" belebt, verkörpert sich in der Form des legalen Ausspruches des Gesetzgebers und der Publikation des Gesetzes. — Gleichzeitig aber zeigt sich, umgekehrt, wie keine Geschichte allein, keine Verkörperung auch innerhalb der Rechtsquellen für sich allein, ohne Psyche oder Geist, oder kein Rechts-„Stoff" der historischen Schule allein, positives Recht erzeugen kann! Z. B. dasjenige, was nur aus subjektiv-aprioristischem Naturrechte selbst real geschieht, der bloße sich verkörpernde psychische Zwang, die geschichtliche oder geschehende Gewalt

Digitized by Google

und Herrschaft des Anarchisten, des Prätendenten und praedo, das factum oder corpus, die bloße Geschichte einer possessio allein gegenüber einem Berechtigten oder doch besseren possessor oder Eigenthümer, dieser Körper ohne Seele ist allein niemals Recht! Selbst ein Richterspruch ferner, welcher ein „Präjudiz" ganz ohne, den Rechtsquellen entsprechendes Recht ausspricht, ist ein todter Körper ohne Geist. Selbst wenn er im concreten Falle zur Exekution führt, ist er doch für folgende Fälle todt und sein jus nicht ad consequentias producendum. Ebenso ist ein „Gewohnheitsrecht" todt, wenn seine opinio necessitatis wieder in ein contrarium verwandelt ist; weil es ihm eben dann an der Voraussetzung dieser opininio necessitatis, dieses es belebenden Geistes oder Naturrechts fehlt, ohne welche kein Gewohnheitsrecht mehr existiert. Und auch das Gesetz wird, wenn der Wille des Gesetzgebers, der ausgesprochene Gedanke des Gesetzes wegfällt, wie gesagt, nicht mehr gelten! (Sav. Syst. I § 33 ff.) — So zwingt uns aber weder der Geist allein zur Verkörperung eines Rechts, noch ein früherer Körper allein, noch beides ohne die Formen und Grenzen der Rechtsquellen. — Soweit von dem moralischen Zwang, der sich selbst freiwillig zur Geschichte innerhalb der Formen der Rechtsquellen verkörpert! Nun noch besonders zu der zwangsweisen Verkörperung.

Eventuell verkörpert sich bei dem Mangel eines freiwilligen Gehorchens die, an sich blos geistige Idee des quellengemäßen Rechts nichtsdestoweniger zu einer Geschichte infolge physischen Zwanges. — Selbst dann nämlich, wenn wir dem „moralischen" Zwange der, uns geistig beherrschenden Ausflüsse der Rechtsquellen des Gesetzes, Gewohnheitsrechtes, der inneren Gründe, nicht freiwillig gehorchen, verkörpert sich die geistige Herrschaft des Rechts dennoch erst recht zur That. Dann weiß nämlich diese, an sich blos geistige Macht, zur Verwirklichung und Verkörperung ihrer materiellen Herrschaft dennoch Organisationen zu treffen, welche jetzt selbst körperlichen Zwang üben: Sie organisiert eine äußere ausführende Macht; eine zuvor entscheidende wie alsdann vollstreckende Gewalt. Wir bezeichnen jene: als den vorausgehenden formalen Prozeß des Rechtsstreites, diese: als die, ihr folgende Zwangsvollstreckung. Mittels dieser Organisationen weiß alsdann auch die, an sich nur geistig herrschende Idee des materiellen Rechts selbst widerstrebende Objekte des Rechts zu leiten und körperlich zu zwingen. Sie weiß so über all' die Objekte des Rechts, über Personen, Sachen, Handlungen der Menschen zu herrschen, zu verfügen und so den geistigen Sieg des Rechts über die körperlichen „Stoffe" der historischen Schule und die geistige Herrschaft des Rechts zugleich in eine körperlich lebendige Geschichte zu verwandeln. So wird der lebende Geist auch bei einem Widerstreben zugleich Fleisch und Blut oder: der Körper einer lebenden Geschichte des Rechts!

Damit haben wir alsdann aber zugleich das Verhältnis des materiellen „Lebens" des Rechts mit seinem Geist und Körper zu der

Digitized by Google

Form der „Rechtsquellen“ näher gezeigt. Die Rechtsquelle ist strenge genommen nicht selbst schon das materiell lebende Recht! Nur bildlich, nur mittels einer Trope (Metonymie) ließe sich dies sagen, ähnlich, wie wenn wir etwa sagen: wir trinken eine Flasche Wein, ein Glas Wasser! Die Rechtsquelle ist vielmehr nur die juristische Form und Regel, innerhalb deren der Geist, die opinio necessitatis des Rechts erfließt und berechtigt zum Körper, zum Geschehen einer Geschichte, zur That des recht Handelns sich verkörpert. Dies ist dadurch bewiesen, daß die Rechtsdarstellung eben werthlos und nicht Recht ist, welche den Formen dieser Rechtsquellen nicht entspricht! Diese „Form“ ist beim Naturrechte des sog. Juristenrechtes, wie gesagt: die Ueberzeugung der „Allgemeinheit“ oder doch der Organe des Rechts; beim Gewohnheitsrechte dagegen: die „constante“ Uebung derselben Allgemeinheit, des Volkes als Ganzen; beim Gesetze endlich: der „Machtspruch“ des Gesetzgebers und die Publikation des Gesetzes! Diese Form also ist nur die erforderliche Begleiterin des materiellen Rechts, nicht das Recht selbst!

Dann die „Träger“ dieser verschiedenen Verkörperungen! Jede wahre Darstellung eines realen, positiven Rechts kann sich nur zu einer „Schilderung“ seines quellengemäßen momentanen Lebens verkörpern. Diese Schilderung hat also seinen Geist, seinen geistigen Gedanken und Funken nach den Regeln der Rechtsquellen faßbar zu zeigen, damit ihn die Rechtsuchenden begreifen und in eine reale That umzusetzen, zu verkörpern vermögen. So ist aber jede Rechtsdarstellung nur dem Accumulator zu vergleichen, welcher den „lebenden“ elektrischen Funken eine Zeit lang für die thatsächliche Verkörperung seiner Macht und Herrschaft zu sammeln und aufzubewahren vermag, so daß wir ihn selbst nach Hause zu tragen vermögen, um ihn zu benützen, obwohl er nur „geistig belebende“ Funken bewahrt: Solange, bis dieser sein geistiger Funke verfliegt! So hat jeder Ausdruck, jedes Produkt dieses Geistes ferner nach der Bildersprache unseres deutschen Mittelalters der bloße Spiegel eines jeweiligen „Lebens“ unseres Rechts zu sein: Der Spiegel, in welchem jeweilig: einstens unsere Ahnen, jetzt wir selbst als Jünglinge und Greise, in Zukunft aber wieder unsere Enkel ihr, dereinst sich bewegendes Leben des Rechts und seine stets wechselnden Gestaltungen beschauen werden, und welcher doch stets nur das jeweilig „Lebende“ zeigt und zeigen darf! Auch diese, das Recht Darstellenden, die an sich zufälligen, unwesentlichen Träger dieses Rechts also wieder gehorchen alsdann einem gleichen Wechsel, wie das materielle, allein wesentliche Leben des Rechts selbst seinem Stoffwechsel unterliegt, und sind nur berechtigte Darsteller, soweit sie den „Stoffwechsel“ des materiellen Rechts wahr darstellen! — — Beachten wir nun, wie diese Accumulatoren des Rechts ihren Inhalt erneuern! Solange nämlich eine Schriftsprache fehlt und bis zur ersten Erstehung einer Rechtswissenschaft sammeln diese geistigen Funken und Verkörperungen des Rechts nur einzelne bevorzugte Personen in sich; bald



Digitized by Google

Patriarchen und Aelteste, bald principes und Heerführer oder sonstige „Erfahrene" eines kindlichen Volkes, juris-periti, in deren Gedächtnisse allein das Leben des Rechts sich spiegelt. Gefahrlos ersetzen in diesem Gedächtnisse noch neue Verkörperungen, bessere, neuere Erfahrungen der Rechtsquellen, neuere Gewohnheiten, neuere Gesetze, neuere Urtheilssprüche die früheren, als lebende und stets fortlebende, sich bewegende Wissenschaft. — Anders, sobald die Erfindung der Schriftsprache gestattet, dies Leben des Geistes mittels des medium der Schrift aufzuzeichnen und zu fixieren; da ist es auch uns unbedeutenden Juristen ermöglicht, an der Rechtskunde und Erneuerung theilzunehmen mittels der Urkunde. Dann werden zunächst vielleicht die einzelnen wechselnden Entscheidungen, das responsum, die quaestio, das Weisthum, der Schöffenspruch, der Präcedenzfall durch eine Theorie einer Doktrin oder Praxis aufgezeichnet werden: zur Belehrung der Jugend wie des Alters über den Stoffwechsel des Rechts. Hier haben wir noch immer eine Aufzeichnung des Wechsels, der Bewegung des Rechts; denn frühere Präjudizien werden durch spätere ersetzt! Bald nun geschieht diese Aufzeichnung in solcher Weise noch ungetrennt von den sie veranlassenden thatsächlichen Verhältnissen, faktisches und rechtliches Material vermengend, wie in den casus des Mittelalters und selbst noch in den Fragmenten der classischen römischen Justinianischen Pandekten wie im heutigen Präjudiz.- Bald aber ätherisch losgelöst von allem weltlichen bloßen Faktum, wie in unseren Systemen und Begriffshimmeln nach Thomasius! Damit eben glaubt der magister alsdann die höchste Stufe der Rechtsgelehrtheit erklommen zu haben. Er steht bei ihr stille: Verachtend sieht er von da an auf alles sich bewegende Leben herab! Aber wie? Betrachten wir seine Schilderung: Buchstaben decken zwar ein todtes Papier. Schwarz auf weiß hat er auch den Buchstaben, von den berühmtesten römischen Classikern erlernt, nach Hause getragen und zum Systeme formal umgeschaffen: Aber: — sein Geist ist zum großen Theile verflogen! — Sein Accumulator fungiert so nur sporadisch noch mit geistigen Funken, sein Spiegel ist ein längst übermaltes, erblindetes, verklungenes Bild der Vergangenheit, kein Spiegel des Lebens mehr! — Wie kommt dies? Die Geschichte seit den Zeiten Roms nämlich, welche den, dereinst ihr folgenden classischen römischen Juristen zur bewunderungswürdig spiegelnden bloßen Folie mit „wechselndem" Bilde diente, hat sich seitdem wieder bewegt und geändert? Das damals fixierte Bild aber ist stehen geblieben! Der Geist des Lebens ist so aus der ausgegrabenen Urkunde beim Nachhausetragen zum Theil entwichen: Damit eben ist sein Recht so zum Theil unwahr geworden!

Da haben wir den Werth der Schriftsprache, der ausgegrabenen Lehre und Urkunde für das, sich bewegende, ändernde Leben des geschichtlichen, positiven Rechtes! Erst wenn wir wieder ein „Leben" des Rechts in unserem Volke der Gegenwart in seinen geschichtlich lebenden Gewohnheiten und Usancen, in seinen allgemeinen

Digitized by Google

Ueberzeugungen und fortlebenden Gesetzen beobachtet, erst wenn wir dies faktische Material unseres eigenen, des heutigen Lebens an den Formen der positiven Rechtsquellen geprüft, ob sie noch einem lebenden Gesetze, Gewohnheitsrechte, eventuell wenigstens uns lebendig überzeugenden inneren Gründen Genüge leisten, erst wenn wir diese anderen lebenden Formeln in ein System gegliedert, diese unsere Formeln durch eine correktere Schule beleben und auf das Leben dereinst zurückübertragen, erst dann können wir künftighin vielleicht davon reden, daß auch wir — statt Gelehrter — Rechtsverständige sind! (Einleitung 1, II). Die bloße „Lehre der Urkunde" der Vergangenheit aber ist da längst eine, zum Theil falsche Copie für unser lebendes Recht und nur mehr eine wahre Copie eines dereinstigen antiken Lebens, einer Rechtsgeschichte, welche zum Theil für uns erstorben. Denn Lehre und Urkunde überhaupt ist niemals, (mit der historischen Schule bis auf Stintzing — oben S. 401 — herab), das Primäre, Recht Erzeugende, sondern umgekehrt: das Secundäre, die jeweilige Copie: eines allein entscheidenden „Lebens" des Rechts. Die Classiker selbst, deren bloßen Buchstaben und Urkunde so unsere magister der historischen Schule nach Hause getragen, verbieten im Gegentheil, ihren Buchstaben leichthin für wirkliches Recht zu nehmen; aus unserem wirklichen Rechte, aus dem jus quod est, aus dem Rechte, welches lebt, sagen sie uns, sollen wir unsere Regeln erst finden! Dies ist logische Folge des Lebens und sich Bewegens des Rechts! „Niemals also kann unsere, auf Urkunden ruhende historische Schule eines vergangenen Rechts unser Recht wahr beherrschen und spiegeln!" Wahr ist vielmehr nur die Darstellung in Schriftsprache, Lehre und Urkunde, welche die Bewegungen des materiellen Lebens des geschichtlichen Rechts evident zu halten vermag! — Beispiele haben wir wiederholt gesehen! Eine mancipatio z. B. verkörperte das Leben des Rechts zur Zeit der XII Tafeln; sie verschwand mit der Aufhebung des Unterschiedes von res mancipi und nec mancipi, und machte der stipulatio des römischen jus gentium faktisch von selbst Platz. Aus diesem Körper der geschichtlichen stipulatio ist aber jetzt wieder das geistige Leben entwichen. Uns selbst nämlich gebieten jetzt formlose Verträge; denn auch diese stipulatio wieder ist bei uns nicht in solle recipierbar: sie müßte eben „leben", wenn sie gelten, herrschen sollte! Wir müssen also das Leben aufzeichnen, anstatt des Inhaltes der Urkunde! — So ist auch die Urkunde des römischen corpus juris überhaupt, auch dieser Körper und Accumulator, nimmermehr der Grund, warum jemals das römische Recht bei uns gegolten! Denn schon vor der Glosse war ja diese „Urkunde" da und gegeben, und doch galt sie nicht als unmittelbar anwendbares Recht! Und auch jetzt ist diese Urkunde also nicht das Primäre, Ursachliche der Geltung unseres Rechts, sonst müßte eben dies corpus juris unbedingt, in solle gelten. Sondern sie ist überhaupt das Secundäre; das Primäre aber ist nur der fortlebende Geist derselben, soweit wir ihn



Digitized by Google

begriffen, und soweit er auch bei uns nach den Regeln der, allein positiven Rechtsquellen nach Zeit und Raum zu neuem „Leben", gleichzeitig mit lebenden Neubildungen unserer eigenen Geschichte wieder erwacht ist, sich verkörpert und uns beherrscht. Diese römische Urkunde und Lehre überhaupt also ist zwar der dereinst in Rom unübertreffliche Accumulator und Spiegel gewesen; jetzt ist sie der Körper, aus welchem im Laufe der Jahrtausende theilweise der Geist, das Leben und die geistige Herrschaft entflohen. Dies Leben aber haben wir jetzt zu ermitteln an Stelle des Inhaltes der Urkunde! Dies das Verhältnis jeder Urkunde zum real lebenden Rechte!

Der beste, handgreiflichste Beweis, wie diese Urkunde an sich nicht, sondern nur werthvoll und geltend erweist, wenn und soweit der, in ihr gesammelte und fixierte Geist noch fortlebt, liefert ja der Professor der historischen Schule selbst! Obgleich er theoretisch die Herrschaft der Urkunde lehrt, liest doch kein solcher Professor nach einer älteren Scharteke und Auflage seines eigenen Lehrbuchs. Da ist wohl auch ihm auf einmal nicht mehr ein „Stoff" des Rechts durch eine gesammte „Vergangenheit" allein gegeben? Da ist auch bei ihm plötzlich nach Savigny „Sinn und Gefühl für Größe und Eigenthümlichkeiten anderer Zeiten" gewichen? Warum wirft nun aber auch er die alte Scharteke in die Ecke? Da fühlt wohl auch er, wie der Geist und das Leben der Wissenschaft sich „bewegt"! Aus gleichem Grunde verlangt ja auch jeder Recensent stets die gleichzeitige Benützung der neuesten Litteratur neben der älteren, jeder Praktiker die Benützung des neuesten, sich ändernden Präjudizes und seiner besseren Gründe, jeder Dogmatiker die Beachtung der neuesten Ausflüsse der Rechtsquellen, welche die der gesammten Vergangenheit der historischen Schule aufheben! Ja sogar eine Urkunde der Zukunft kann prävalieren vor der, der gesammten Vergangenheit der historischen Schule! Denn bei neuen kommenden Gesetzgebungen wie neu begriffenem Gewohnheitsrechte z. B. sehen wir Gesetzgeber, neue Commentare wie neue Lehrbücher das Recht schon im Voraus mit neuen casuistischen Fällen, mit neuen Instituten, Regeln ꝛc. ausbauen, bevor nur dies Recht ein Stoff der gesammten Vergangenheit, ja bevor er eigentlich noch ein Recht der Gegenwart geworden! Und dies mit Grund; (sie „construieren" gleichfalls mittels der „Phantasie im Rechte" nach Dernburg), wenn dies kommende Recht nur den Regeln der positiven Rechtsquellen, vorläufig also den inneren Gründen eines Juristenrechts: der Ueberzeugung der Gesammtheit und ihrer Juristen entspricht! — So kann ebendeshalb bei uns nie eine überlieferte Urkunde des Rechts einer gesammten „Vergangenheit" als solche gelten: Weil auch bei uns alles geschichtliche Recht selbst „lebt" mit Geist und Körper, und die Aufzeichnung dieses realen quellengemäßen „Lebens" allein auch bei uns das positive Recht zeigt: Das die alleinige Bedeutung der Urkunde, welche die historische Schule so emsig, wie allein entscheidend ausgegraben! —

Digitized by Google

Damit haben wir aber wohl das zweite Grundgesetz einer praktischen Rechtsschule näher kennen gelernt: das Gesetz eines sich bewegenden Lebens des Rechts, welches gilt anstatt des stabilen „Stoffes" der Urkunde ꝛc. der historischen Schule. Alles Recht lebt eben, bewegt und ändert sich: mit den sich ändernden Thatsachen der Geschichte, mit den sich ändernden geistigen Ueberzeugungen und mit dem sich ändernden Begreifen der Juristen, wie wir bereits in § 2 II a S. 194 ff. näher gezeigt!

c) Drittes, zeitliches Grundgesetz des realen, praktischen Rechts: Alleinige Geltung des Rechts einer „Gegenwart" an der Stelle einer bloßen Geschichte einer gesammten „Vergangenheit". — Dieses Bedingtsein des Rechts von seiner Zeit wird auf Montesquieu zurückgeführt, (ob mit Recht s. unten). Es lag wenigstens bereits am Anfange des Jahrhunderts gewissermaßen in der Luft; selbst bei Anhängern der historischen Schule, ohne daß dieselben doch bedachten, daß auch dies Gesetz das Schulprincip ihrer Schule direct widerlegt: das Recht ist durch die gesammte „Vergangenheit" der Nation gegeben. Denn „vergangene" Geschichte ist noch nicht das reale „Leben" der Geschichte innerhalb der „Gegenwart"! Die Nichtbeachtung vielmehr dieses Grundgesetzes war ebendeshalb schon seit der Glosse ein, vorzugsweise Leben und Lehre Spaltendes: Denn mit ihrer Auffassung der Geschichte als einer Thatsache einer gesammten Vergangenheit hat eine historische Anschauung seit der Glosse schon den Begriff einer realen und positiven Geschichte für das Recht geradezu verdorben! Eine vergangene Geschichte, eine Antiquität, das, was bei den Ahnen schon nach den XII Tafeln, nach den leges barbarorum etc. in Staat und Recht geschehen, ist für ein geltendes Recht nie mehr unbedingt Geschichte und positiv Geschehendes. Ebensowenig aber ist deshalb die Geschichte des römischen corpus juris das, unbedingt später und bei uns Geschehende: Weil jede Geschichte und damit auch das geschichtliche Recht anerkanntermassen lebt (§ 2 III a)! Deshalb entscheidet und herrscht vielmehr erfahrungsgemäß für die Geltung allen Rechts nothwendig nicht diese Geschichte einer gesammten Vergangenheit, sondern die „lebende Geschichte der Gegenwart": Sowohl innerhalb des geschichtlichen Rechtes selbst, d. i. innerhalb derjenigen Hälfte des Rechts, welche als Gesetz, Gewohnheitsrecht ꝛc. bereits Geschichte geworden ist, als umsomehr innerhalb der ungeschichtlichen Hälfte unseres Rechts: dem Juristen-, wissenschaftlichen oder Naturrecht überhaupt, welche Geschichte wird: Denn Sein, Werden und Gewordensein gehört im Rechte der Gegenwart! Auch selbst eine „gesammte Vergangenheit" oder eine „ganze Geschichte" der historischen Schule Savigny's kann deshalb in der Wirklichkeit, so sehr sich auch diese Schule gegen diesen Erfahrungssatz sträubt, für das Gegebene oder Positive principiell nicht Recht, sondern nur eine hehre Lehrmeisterin sein! Sie allein nämlich vermag uns allerdings in den Geist und den Gedanken der früheren Entwicklung einzuführen und so die Frage zu lösen, ob der vergangene Gedanke

Digitized by Google

noch in der Gegenwart fortlebt. Aber das, für uns jetzt Gegebene darf uns doch nicht unbedingt und unmittelbar der Gedanke des, möglicherweise erstorbenen Vergangenen selbst sein: Im Civilrechte also noch nicht die Rechtsquellen einer vorjustinianischen Jurisprudenz, nicht die Gewohnheiten des Mittelalters, nicht die früher ausschlaggebenden inneren Gründe, — sondern einzig der Ausfluß der Rechtsquellen des Momentes der jüngsten Gegenwart! Und wenn uns ebendeshalb dereinst ein Savigny (Abhandlung zu Hugo's Doktorjubiläum: Der 10. Mai 1788, vgl. Savigny's vermischte Schriften Bd. 4 XI, ebenso System I Vorrede S. XI) den, fast ein Jahrhundert lang theoretisch geradezu stumm und starr, wie ein Orakel, angestaunten Satz lehrt: daß wir „jeden Begriff und jeden Rechtssatz um seine Herkunft zu befragen" haben, weil in jeder Zeit das positive Recht „ein lebendiges Ganze" war, so werden wir zwar diese interessante Frage nach dem geschichtlichen Entstehen unseres ganzen Rechts keineswegs unterlassen dürfen, wie gesagt, weil wir dadurch erst über das Wollen und den Gedanken der Vergangenheit und das Wollen der Rechtsquellen unserer eigenen heutigen Gegenwart, — über Identität oder Gegensätze — volle Klarheit erhalten werden. (§ 2 IV.) Zugleich aber werden wir doch alsdann die, eigentlich erst entscheidende Grundfrage alles Gegebenseins, sich Entwickelns und Geltens nicht unterlassen dürfen, die praktische Hauptfrage: nach der Art und den Rechtsgründen des jetzigen Bestehens und Geltens eines Rechts in der momentansten Gegenwart auf Grund der heutzutage maßgebenden Ausflüsse der positiven Rechtsquellen und nach der Stufenfolge dieser Rechtsquellen (§ 6 S. 559)! — — Deshalb eben ist die geschichtliche Schule unserer Doktrin auch in ihrem Ausführungs- und Anwendungsprincipe zu corrigieren: Nicht der Lehrsatz Savigny's (Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. I S. 6) darf maßgeben: „Die geschichtliche Schule nimmt an, der Stoff des Rechts ist durch die gesammte Vergangenheit der Nation gegeben"; sondern der Satz hat zu lauten: Das positive Recht, weil es nach den eignen Prämissen Savigny's „lebt", ist durch die geschichtlich lebende quellengemäße „Gegenwart" der Nation gegeben! Nicht unbedingt das entscheidet, nicht der Stoff, die Materie des Rechts ist heutzutage gegeben, welche früher einmal „geschehen", gegeben war. Denn dies Gelten und Herrschen ist zeitlich eine geistige, in der Gegenwart lebende und sich verkörpernde Herrschaft, eine jetzt lebende, uns fesselnde und zwingende moralische Macht, nicht blos eine vergangene Macht einer überlieferten Lehre. — Den näheren Beweis dieses Grundgesetzes ergeben namentlich die Beweise der Bewegung des Rechts in dem obigen § 2. — Ein erster Grund, warum zeitlich die lebende Geschichte der „Gegenwart", nicht eine ihr widersprechende gesammte Vergangenheit entscheidet, ist, wie schon erwähnt, vor allem, daß in einer realen, geschichtlichen Wirklichkeit schon formal exakt nur die jüngsten positiven Rechtsquellen einer Gegenwart entscheiden, nicht die einer Vergangenheit: Wir wenden

Digitized by Google

nicht das alte Gesetz vor dem neuen an, und folgen nicht dem vergangenen Gewohnheitsrechte vor dem jetzigen; denn beides fällt durch neuere lebende Gesetze und durch ein desuetudo der Gegenwart! Ebenso beim wissenschaftlichen oder Juristenrechte, diesem Naturrechte: Auch dies fällt durch den besseren Grund der Gegenwart; ja selbst auch nur durch den Grund, welchen die Gegenwart allein begreift, gleichviel ob vielleicht eine uns unbekannte Vergangenheit diese neueren Gründe bereits weit besser begriffen hat! Denn nicht die Ueberzeugung der Ahnen, sondern unsere momentane eigne entscheidet eben auch hier durchgängig! So erklärt sich die bereits erwähnte Thatsache, warum jeder Praktiker sich verpflichtet sieht, immer wieder die Inhaltsverzeichnisse der jüngsten Präjudizienſammlungen zu durchlesen, warum jeder Recensent die Nichtaußerachtlassung gerade der neuesten Litteratur verlangen wird, warum endlich selbst auch der gelehrte Professor der historischen Schule eines „vergangenen" Rechts trotzdem keineswegs nach alten Scharteken, sondern immer nur nach den neuesten Auflagen der Lehrbücher seine Collegien lesen wird. Das Alles hat seinen Grund auch in dem Leben der Rechtsquellen der „Zeit". — Dasselbe ergibt alsdann die Prämisse Savigny's vom Leben, sich Bewegen und Entwickeln des Rechts überhaupt. Unmöglich kann dann der Stoff eines geschichtlich vergangenen, zum Theil erstorbenen Lebens statt des gegenwärtigen gegeben sein. (§ 2.) — Dies zeigt sich in dem Veralten ganzer Gesetzbücher: der XII Tafeln, leges barbarorum, Rechtsspiegel, Carolina, wie zahlloser einzelner Partikel des Rechts. So das Fortbilden beispielsweise eines Schuldbegriffes von der Talion und Gliedertaxe zur Ausscheidung von dolus und casus, dann wieder das Ausscheiden einer culpa vom dolus, neuerdings wieder des bewußten und gewollten Deliktes! Die Umbildung ferner der römischen zu modernen Fideicommissen, der Bedeutung der Siegel, das Anreihen der germanischen Leibeigenschaft wie des Dienstbotenverhältnisses an die Bestimmungen über römische Sklaverei, der deutschen Bauerngüter an die römische Emphyteusis, der Reallasten an die Servituten (Puchta, Cursus I § 78), das einzelne Schmerzengeld, Detentions-, Vereinsrecht (§ 2 IV II, § 5). In jedem einzelnen Falle gilt nicht die Geschichte der gesammten Vergangenheit, sondern einzig die Geschichte der momentansten Gegenwart! — Die Zeit dieser Herrschaft erklären, wie wiederholt gezeigt, auch die eignen Gleichnisse Savigny's zwischen dem Rechte und dem Leben des Menschen, welches beim Manne und Greise der Gegenwart ein anderes ist, als bei dem Knaben und Säugling an der Mutter Brust, ferner die Gleichnisse der Sprache, Gewohnheit, Verfassungen, wie die lediglich momentan herrschenden Sitten bis zur Mode herab ꝛc. (§ 2 III b). — Den inneren Grund überdies der ausschließlichen Herrschaft der Gegenwart dürfte eben der Umstand erklären, daß die Geschichte des Rechts wie alle Geschichte, sich von selbst mit den Thatsachen, Ueberzeugungen und dem Begreifen bewegt (§ 2 II a), und daß überdies

Digitized by Google

alles gegebene und gesetzte Menschenrecht nicht etwa ein absolutes, sondern nur eine jeweilige Auffassung und Begreifen (§ 2 II a γ) eines solchen absoluten göttlichen Rechtes ist; daß ebendeshalb unser Recht, — wie unsere Praxis, richtiger, als unsere Theorie, besagt: — nur ein jeweiliges „Erkennen", ein „Erkenntnis und Urtheilen", nicht ein apodiktisches „Wissen" einer Wissenschaft ist, so, daß immer nur die „jeweilige Auffassung" der Menschheit innerhalb der Gegenwart das geltende Recht uns zeigt. Denn diese menschliche Auffassung eben ändert sich erfahrungsgemäß zeitlich bald zu Besserem, bald zu Schlechterem. So kann ja im Momente selbst auch ein verkanntes, falsches Recht herrschen! — In dieser Beweisführung kommt uns eben auch die Erfahrung einer modernen Philosophie zu Hülfe, welche, wie die Erfahrung des Rechtes, uns lehrt, wie alles Gegebene oder Positive der Außenwelt sich uns nur als eine „Vorstellung" kundgibt (Beispiele oben S. 197 ff.): Die Gegenwart wird also diese frühere menschliche „Vorstellung" der Vergangenheit in einer Rechtslehre ꝛc. immer wieder von neuem prüfen müssen, um zu erfahren, ob eben diese bloße Vorstellung zeitlich auch ihr sich bewährt, ob früher nicht Täuschungen unterlaufen sind! — Dies alles erklärt die zeitliche Herrschaft der Geschichte der Gegenwart über die der Vergangenheit!

Am zweifelhaftesten könnte allerdings das Gegebensein und Gelten allen Rechts durch die Gegenwart speciell in dem einen Falle erscheinen, wo ein Recht aus der Vergangenheit in der Gegenwart unverändert fortbesteht. (§ 1, 5 III c.) Z. B. im Civilrechte bei dem Eigenthume, bei Servituten und Obligationen, soweit diese Institute heutzutage im wesentlichen ganz so gelten, wie in der antiken römischen Vergangenheit, im Staatsrechte bei Herrschern ꝛc. Gelten nun diese: durch ihr Bestehen und die Art ihrer Geltung innerhalb der Vergangenheit, oder: durch ihre fortgesetzte Geltung und das Leben ihres Rechts in der Gegenwart? Zwar ist in diesem Falle die Frage nach dem Grunde der Geltung mehr academischer Natur und nicht so von unmittelbar praktischen Folgen begleitet, wie etwa dann, wenn altes Recht der Vergangenheit durch neues Recht einer Gegenwart beseitigt wird: Denn im ersteren Falle gilt ja doch ohnehin in der Vergangenheit und Gegenwart unter allen Umständen dasselbe Recht! Zur vollständigen Klärung des Grundprincipes jedoch wie zur Beseitigung eines allenfallsigen Einwandes kann diese academische Grundfrage wohl auch hier nicht umgangen werden: Denn wenn das Grundprincip wahr ist, muß es sich auch hier, in Allem oder nie, bewähren! — Aber es wiederholen sich in Wirklichkeit auch hier nur wieder all' die obigen Gründe! Unzweifelhaft nämlich ist dann das Recht zwar in der Vergangenheit mit Recht entstanden. Aber noch nicht die Thatsache der Entstehung (S. 207), die Frage nach der Herkunft mit Savigny, entscheidet auch hier für das heutige zu Recht Bestehen oder Gelten. Daraus, daß es einmal entstanden ist, vielmehr

Digitized by Google

folgt noch nicht, daß es seitdem als Recht zeitlich lebt, und nicht erstorben, durch andere Rechtsquellen beseitigt ist: sonst müßten ja wieder alle unsere anderen Antiquitäten, alle früheren leges barbarorum, die Sachsen-, Schwabenspiegel, die Carolina fortbestehen. Alles aber, was lebt, ist werth, daß es zu Grunde geht, auch das Leben des Rechts mit Geist und Körper, wie das Leben des Menschen. Auch hier zeigt sich somit als Grund des Bestehens oder Geltens nur das fortdauernde Leben oder die fortdauernde geistige Herrschaft in der Gegenwart, nicht die Herrschaft einer Vergangenheit! So zeigt sich, wie auch hier ein Recht der Vergangenheit, ein „vergangenes Recht" als solches schon ein innerer Widerspruch wäre; denn das Vergangene ist eben möglicherweise nicht mehr gegeben und todt! Es ist auch die Frage der Fortdauer einer jeden Herrschaft, z. B. einer Sitte, herrschenden Sprache, Verfassung, wie des Rechtes, nur gewissermassen eine „That" und Arbeit (§ 5), ein Produkt des Begreifens der Gegenwart, eine Thatfrage des jüngsten Momentes! So, wie in jeder anderen Herrschaft, ganz ebenso fragt es sich deshalb auch im Rechte, ob thatsächlich keine neue Rechtsquelle, kein neues Gesetz, Gewohnheitsrecht, kein neuer staatsrechtlicher, mehr berechtigter Herrscher aufgetaucht ist, sondern ob das Frühere in der Gegenwart noch gilt und herrscht. Diese Möglichkeit der Veränderung aber schon des Vergangenen durch die Rechtsquellen der Gegenwart beweist eben zugleich, daß auch das gegenwärtig noch Bestehende einer Vergangenheit zeitlich nur durch sein momentanes Fortbestehen oder Leben in der Gegenwart noch gilt. Wo immer ein Gesetz beispielsweise — aus grauer Vorzeit fortbesteht, ist der Grund seiner Geltung unzweifelhaft nicht der, daß der antike oder mittelalterliche — zweifellose inconstitutionelle — Gesetzgeber für die Zukunft gesetzgebende Gewalt hätte; sonst müßte er auch ewige Gesetze einführen können, welche nie mehr aufgehoben werden dürfen! Sondern der Grund des Geltens ist, daß der Gesetzgeber der Gegenwart sie ausdrücklich oder stillschweigend, selbst wenn sie zur Zeit ihrer Entstehung noch inconstitutionell entstanden sind, fortbestehen läßt. Ebenso bei den übrigen Rechtsquellen. Auch beim Gewohnheitsrecht muß die Uebung, bei dem Juristenrechte die Ueberzeugung eben im Momente noch bestehen. Ebenso herrscht im Staatsrechte ein früherer Herrscher und sein früheres System nur dann, wenn es in letzter Secunde noch lebt und herrscht ꝛc. ꝛc. — Hieraus ergibt sich aber wohl zur Genüge, daß auch selbst da, wo ein geschichtliches Recht aus der Vergangenheit noch fortlebt, alles Recht nicht, nach Savigny, deshalb gelten kann, weil es durch die gesammte Vergangenheit gegeben ist, sondern nur deshalb, weil und wie es in der Gegenwart auf der Grundlage der Rechtsquellen der Gegenwart noch lebt und gilt: Das punctum saliens also ist — bei Aenderungen des Rechts in Conflikts fällen wie beim bloßen Fortbestehen eines Rechts — nie die Geltung in der Vergangenheit, sondern: im jüngsten Moment der Gegenwart! (Vgl. des

Digitized by Google

Verf. Schrift: Zur Kritik der heutigen Negatorienklagen ꝛc. 1873 Seite 67.)

d) Viertes, räumliches oder örtliches Grundgesetz. — Abgesehen von den bisher berührten (mechanischen, organischen und zeitlichen) Grundgesetzen gilt erfahrungsgemäß in jedem, real lebenden und praktisch positiven Rechte das weitere Grundgesetz, daß das Recht an einen Raum oder Ort der Geltung gebunden sei. Dies Gesetz ist unzweifelhaft von Montesquieu entdeckt, (esprit des lois I, 1, 3): (Les lois) »doivent être tellement propres au peuple, pour lequel elles sont faites, que c'est un très-grand hazard, si celles d'une Nation peuvent convenir à un autre«. Ein wesentlich anderer Ort: ein mögliches anderes Recht aber ist zugleich Erfahrungsregel! Wie verschieden ist beispielsweise nicht das Recht der Culturvölker Europas im Vergleiche zu dem der Eingebornen Asiens oder Afrika mit ihrer Polygamie, Sklaverei und den anderen Beispielen etwa der Seite 196 ꝛc.? Zunächst aber muß jedes Recht eines politisch geeinigten Volkes ein nationales sein, im Vergleiche zu dem der anderen Staaten; weder ein allgemeines, naturrechtlich utopisches, noch ein geschichtlich internationales aller Völker ist denkbar! Der Grund ist ein einfacher! Jeder besondere politische Staat hat schon seine selbstständige Gesetzgebung, und fast jeder seinen höchsten Gerichtshof; beide Faktoren aber gestalten nothwendig stets Gesetz wie Präjudiz im Buchstaben wie in der Form anders, als in einem anderen Staate: Unwillkürlich wird so das Recht eines politisch selbstständigen Volkes ein nationales! — Unsere Einleitung wie § 4 C a S. 406 hat zwar erwähnt, wie sich das Recht eines vollendeteren Volkes fortwährend zu einem „internationalen" Weltrechte erweitert. Denn das Erkennen der wesentlichsten Merkmale des Rechts erfaßt die thatsächlichen Verhältnisse und die geistigen Ueberzeugungen der Völker immer einheitlicher, und eine international vergleichende Gesetzgebung bringt diese Einzelrechte näher. Wie der einzelne Quell nach seiner Entstehung sich immer mehr zum Strom und zum Meere erweitert, und wie dies Meer alsdann umgekehrt wieder mit den Binnenströmen und Quellen der übrigen Völker in Verbindung tritt, so verästelt also ein hochvollendetes Weltrecht, wie beispielsweise das römische, zweifellos seinen Einfluß bis in das Herz jedes anderen Volkes. Aber identisch mit dem Weltmeere werden die einzelnen Ströme und Quellen der verschiedenen Völker deshalb niemals werden. So auch im Rechte der Völker, schon weil die Fixierungen des Gesetzgebers oder die Gewohnheiten und Richtersprüche so viele zufällige und unwesentliche Veränderungen ergeben werden, daß, (wie bei unseren Partikularrechten,) eine Einheit nie eine vollständige werden wird, solange eben nicht gleiche rechtsbildende Faktoren, namentlich einheitliche Gesetzgebung und Rechtspflege bestehen: Auch das Recht eines bestimmten Landes und Volkes wird deshalb immerhin ein „nationales", nach Staaten geschiedenes, verbleiben, und durch ein internationales Welt-

Digitized by Google

recht nur in seinen Ausblicken und Grundzügen erweitert, niemals aber vollständig ersetzt werden! — Dieses Gesetz des Raumes hat die historische Rechtsanschauung bei uns gleichfalls dadurch verletzt, daß sie ein fremdes, rein römisches Recht Italiens, unseren lebenden Gewohnheiten (§ 2 I 2) zum Theil widersprechend, als für uns unmittelbar anwendbares Recht darstellen wollte!

Diese beiden letzteren Gesetze, das zeitliche und das räumliche unter c und d, nun liegen in Deutschland, wie gesagt, schon längere Zeit geradezu in der Luft! Thibaut schon, welcher sie bekämpft, („Ueber die Nothwendigkeit eines allgem. bürgerl. Rechts f. Deutschland", 1814, S. 51), wie Spätere, welche sie befürworten, z. B. Bekker, (akadem. Rede, 1886, S. 7), führen sie beide auf Montesquieu zurück. Dieser nun, (esprit des loix lib. I cap. III Amsterdam 1755 S. 12—13), bezeichnet als die Aufgabe seines Werkes, nachzuweisen, daß: la loi en général, la raison humaine in Beziehung stehen müsse au physique du pays, au climat glacé, brûlant ou tempéré, à la qualité du terrein, à la situation, grandeur, au genre de vie des peuples, laboureurs, chasseurs ou pasteurs, au degré de liberté, à la religion des habitans, à leurs inclinations, richesses, à leur nombre, commerce, à leurs meurs, manières, daß les lois ont des rapports entr'elles, avec leur origine, avec l'object du legislateur, avec l'ordre des choses. Im Folgenden führt dieses Montesquien näher aus. — Freilich spalten nun diese materiellen Gründe allein noch nicht nothwendig das Recht der Völker zu einem concreten und verschiedenen; mehr die formalen Gründe, namentlich, wie zu d erwähnt, Gesetzgebung und das Begreifen (§ 2 II a γ) der obersten Gerichtshöfe in ihren Präjudizien. Denn diese materiellen Verschiedenheiten der Völker begründen zwar gleichfalls nothwendig neben dem generellen Rechte stets „specielle", aber deshalb nicht nothwendig für diese speciellen auch „partikulare" Rechte. Z. B. trotz dieser verschiedenen speciellen Rechtsmaterien ist ein gemeinsames Handels-, See-Recht, ein Fremdenrecht, gemeinsame Bestimmungen über Alpentriften, Jagdübereinkommen, kurz internationales Recht überhaupt auch zwischen verschiedenen Völkern denkbar. Mit Ungrund (§ 5 III 1) hat man sich deshalb selbst bei unserem früheren Kampfe um ein einheitliches deutsches Civilgesetzbuch gerade auf diese Worte Montesquieu's pro und contra berufen! — Soweit die materiellen Grundgesetze des praktisch geltenden Rechts. Gehen wir jetzt zur Erforschung seiner formalen Grundprincipien über! —

II. Formale Grundgesetze einer Erfahrung.

A. In der formalen Methode tritt thatsächlich vor allem an die Stelle des bisherigen „aprioristischen" Rechts der historischen wie der Naturrechtsschulen: die Empirie Baco's; sie verbindet sich mit einer Induktion! Bisher haben nämlich bald unsere Naturrechtsschulen einseitig aus Vernunft, bald unsere historische Schule aus ihrer, (gleichfalls lediglich mittels Vernunft oder naturrechtlich gefundenen),

Digitized by Google

Grundlage der geschichtlichen „Vergangenheit" ihr Recht a priori sich selbst erfunden; gleichviel ob dies in einer, für uns heutzutage real geltenden Geschichte: im positiven, quellengemäßen Leben des Rechts auch sich real verkörperte und galt! (Einleit. Ziff. 1, II § 5, § 6 I a und b). Die Methode des praktischen Rechts nun ist die gerade umgekehrte! Aus den einzelnen Ausflüssen der positiven Rechtsquellen, a posteriori statt a priori, ist der einzelne Rechtssatz, dann das mechanische Institut, seine Art und Gattung, wie die organische Regel und das Princip aufzubauen, hieraus construiert sich von unten auf das ganze System und schließlich die Schule des real lebenden Rechts; nicht umgekehrt aus den, zuvor a priori erfundenen einseitigen Phrasen der bisherigen Schulen: Vernunft des Naturrechts oder vergangene Geschichte! — Die Methode des praktischen Rechts ist so zugleich: Die Construktion (von unten auf), an Stelle einer Subsumtion unter eine a priori gefundene regula, entsprechend dem Satze des Paulus: ex jure quod est, regula fiat! — Beispiele haben uns bereits durch unsere ganzen Untersuchungen erläuternd begleitet! Die C. C. C. art. 20 und 21 z. B. bestimmt gesetzlich, wie gezeigt, nur in einem „einzelnen" Fall, daß der ungerecht folternde Richter Schmerzengeld zahlen müsse; aus diesem einzelnen, quellengemäßen Falle construierte aber die Praxis sich Jahrhunderte das ganze Institut des Schmerzengeldes; schließlich widerlegt sich ferner seit Wächter's Nachweisen, daß hier eine Ersatzklage der „Gegenwart" anstatt der „vergangenen" Strafklage vorliege, durch das Gelten dieses Institutes die ganze historische Schule eines „vergangenen" Rechts. (Einleit. 1, I S. 8 ff.) — Ebenso ist der Begriff der antiken römischen possesio nur aus dessen antiken real geschichtlichen, von Savigny selbst zugestandenen „einzelnen" Anwendungen: als bonitarisches, Provincial-, prätorisches, Publicianisches ꝛc. Eigenthum — als reales Eigenthum überhaupt — zu verstehen, nicht dadurch, daß wir mit Savigny umgekehrt geschichtswidrig a priori erfinden, sie sei mit unserem praktischen Besitzrechte lediglich zum Schutze einer faktischen Detention gegeben, und sei mit diesem zusammenzuschachteln! — Ebenso kann dies heutige Besitzrecht des Detentor ohne animus domini selbst nur verstanden werden, wenn wir von unten auf, von dessen einzelnen geschichtlichen und quellengemäß positiven Anwendungen eines Detentionsrechtes ausgehend, dessen Begriff abstrahieren: von dem gesetzlichen Besitzrechte nämlich des Lehensvasallen, des canonischen Pfründenbesitzers, des Concursverwalters, Faustpfandgläubigers ꝛc. (§ 2 IV, II). — Endlich auch die moderne Genossenschaft (mit ihrem Ausschlusse einer actio communi dividundo, der Lösung und des Consenserfordernisses jedes Einzelnen) kann wieder nur verstanden werden, wenn wir von deren einzelnen geschichtlichen Anwendungen ausgehen: von der früheren Markgenossenschaft und jetzigen Realgemeinde, von den Ganerben, Condominaten bis herab zu den heutigen Turn-, Lese-, Feuerwehr-, Kunst-, Industrie-,

Digitized by Google

socialen 2c. Vereinen! — Nach der ars der klassischen Römer ist so von unten auf aus dem »jus, quod est« empirisch induktiv allein das Recht einer realistischen oder praktischen Rechtsschule zu finden! Dies der Gegensatz der formalen Methode einer praktischen zu der aprioristisch deduktiven Methode unserer bisherigen Rechtsschulen! — —

B. Juristisch aber ist weiter die exakte „Form" des Lebens des Rechts und der Praxis wie einer praktischen Schule demzufolge: die Anwendung aller positiven Rechtsquellen, welche so formgerecht suo loco Naturrecht und Geschichte nach festen Gesetzen verbinden: (Ueber diese formale Natur der Rechtsquelle s. oben § 6 S. 545.) An der Stelle der unbedingten Phrase Philosophie oder Vernunftrecht der Naturrechtsschulen, welche einseitig die Rechtsquelle des Juristenrechtes, dieses Naturrechts, und an der Stelle der Phrase Geschichte der Vergangenheit der historischen Schule, welche damit wieder einseitig die Rechtsquellen einer vergangenen Geschichte, einer Gesetzgebung und Gewohnheitsrecht als bindend erklärt, tritt so formell diese Verbindung aller, der naturrechtlichen wie geschichtlichen Rechtsquellen. Sie bietet den exakten formalen Weg zum Erfassen des, durch sie entstehenden organischen Lebens und sich Bewegens des Rechts dar.

a) Der Beweis. — Dieses allein exakte, formal methodische Zusammengreifen und Gelten der Materie der Rechtsquellen haben wir schon innerhalb der unbewußten, völlig unwillkürlichen Anwendung der heutigen Praxis nachgewiesen. (§ 5, § 6 I.) Ihr Gelten zeigt die Erfahrung: der einzige formale Weg, welcher sich überhaupt methodisch der Menschheit zum Erkennen des lebenden, geltenden Rechts bietet. Dies erscheint so als der formale Prozeß des Rechtfindens! — Daß dieselbe exakte formale Methode, derselbe Prozeß einer Anwendung und Anerkennung „aller positiven Rechtsquellen" auch der des klassischen römischen Rechts ist, würde gleichfalls mit Leichtigkeit nachzuweisen sein. Auch dieses Recht wendet formal alle, sowohl die geschichtlichen Rechtsquellen an: seine lex und Gewohnheiten, als die naturrechtlichen: seine natura und naturalis ratio, (§ 7 A 2 a und b), und baut (construiert) mit deren Zuhülfenahme das materielle Recht ganz, wie die jetzige Praxis, unmittelbar aus dem jeweiligen fortschreitenden sich bewegenden Leben des Rechtes auf! Doch auch die historische Schule selbst erkennt wenigstens das Gelten dieser lebenden Rechtsquellen in genügender Weise formal an: Die geschichtlichen Rechtsquellen nämlich, auch die, welche sie praktisch nicht anwendet, wie beispielsweise das Gewohnheitsrecht, lehrt dieselbe wenigstens theoretisch mit Emphase (§ 2 III a), und die Rechtsquelle des Naturrechts, welche sie zwar allerdings theoretisch fanatisch bekämpft, wendet sie wenigstens mit gleicher Energie von jeher, praktisch und concludent, unbewußt an, (§ 7 A 2 c). So bedarf auch die historische Schule nur der Anwendung dessen, was sie formal als richtig erkennt, an Stelle der Phrase vergangene Geschichte! Deshalb bedarf wohl die Correktheit dieser formalen Methode unseres praktischen

Digitized by Google

Rechts: — theils eben infolge theoretischer, theils infolge concludenter Anerkennung der Gegnerin — hier keines weiteren Nachweises, umsoweniger als ja selbst auch dieser nähere Nachweis in § 7 noch näher folgen soll.

b) Regelmäßige subsidiäre und relative Geltung der „Rechtsquelle des Naturrechts" speciell. Aus den, in § 6 S. 530 ff. niedergelegten Erfahrungen der unwillkürlichen Uebung des alltäglichen Rechtslebens in Lehre und Leben haben wir weiter ersehen, daß ein praktisches Recht, ganz wie positive Regeln ergeben, sich formal bei seiner Rechtsdarstellung, bei Lösung theoretischer Fragen wie bei Entscheidung praktischer Rechtsfälle, regelmäßig primär nach dem Dasein eines bereits gegebenen Gesetzes oder Gewohnheitsrechtes umsehen wird: i. e. primär gelten erfahrungsgemäß geschichtliche Rechtsquellen. Erst eventuell, wenn eine solche positive Geschichte „nicht gegeben" und auffindbar ist, erst bei dem Mangel und Nichtausreichen geschichtlicher Rechtsquellen, sieht sich ohnehin alle Welt, welche überhaupt nicht Recht verweigern will, genöthigt, zu einem geistigen Selbstschaffen eines neuen Rechts: zu einem Naturrechte seine Zuflucht zu nehmen. Daraus aber ergibt sich erfahrungsgemäß nothwendig die weitere Folge: Diese allerdings ungeschichtliche Rechtsquelle des Naturrechts ist formal regelmäßig keineswegs als eine primär bindende, wie unsere geschichtlichen Rechtsquellen des Gesetzes oder Gewohnheitsrechtes, zu definieren. Sie ist vielmehr regelmäßig eine nur subsidiäre und relative Rechtsquelle: — Sie ist subsidiär, weil sie nur bei dem Mangel der primär geltenden geschichtlichen Quellen des Gesetzes und Gewohnheitsrechtes Platz greift. Sie ist relativ, weil sie nur solange bindet, als nicht bessere innere Gründe derselben natura gefunden sind. (Freilich hat im Grunde das Naturrecht diese letztere Eigenschaft einer relativen mit jeder andern Rechtsquelle gemein! Denn auch ein Gesetz und Gewohnheitsrecht im Grunde ist relativ und gilt nur solange, als es nicht durch ein neues, späteres Gesetz oder Gewohnheitsrecht aufgehoben wird.) — Nur zwei eigentliche Ausnahmsfälle von dieser Subsidiarität des Naturrechts werden sich uns alsbald erfahrungsgemäß als gegebene oder positive zeigen. Bald nämlich wird dem, sonst regelmäßig blos subsidiären, Naturrechte in bestimmten Fällen ein Vorrang, bald aber einem Theile der, regelmäßig primären Rechtsquelle der Geschichte eine Zurücksetzung bereitet. — 1. Es gibt nämlich eine Art des Naturrechts, welche dieses sogar zu einer ersten und primären Rechtsquelle: selbst vor einem geschichtlich gegebenen Gesetze und Gewohnheitsrechte gestaltet. Dies sind die ganz sporadischen Fälle der sogenannten höheren Rechtsgründe und Sittengesetze, die boni mores, der Menschenrechte ꝛc. Davon unten § 6 II B c 2 a und § 7 A 4. — 2. Umgekehrt aber gibt es eine gegebene Geschichte, ein Geschehenes und ein praecedens, welches als subsidiäre Rechtsquelle jeder andern Rechtsquelle an Geltung nachsteht, auch den

Digitized by Google

inneren Gründen des Juristenrechtes oder Naturrechtes. Es sind dies die Präcedenzfälle und Präjudizien der Praxis, wie auch sonstige Fälle, z. B. etwa eine constante Doktrin: die sogenannte communis opinio doctorum. Diesen allen gibt nebenbei nicht der Umstand eine Autorität, daß etwas in einem Urtheile oder in einem Lehrbuche steht. Eine Praxis oder Uebung der Gerichte wie der Wissenschaft an sich, ein declarare der Rechtsquellen, ist niemals selbst eine Rechtsquelle (§ 6 I b)! Sondern nur die äußere Autorität des „Gegebenseins" oder der „Geschichte" ist hier Grund der Rechtsquelle. Davon gleichfalls unten § 7 B 2. — 3. Abgesehen hievon endlich können sogenannte flüssige wie feste Rechtsstoffe überhaupt eine Ausnahme von jeder Reihenfolge bewirken. Davon § 6 II B c.

Wird uns aber der Nachweis dieser beiden eigentlichen Ausnahmsfälle 1 und 2 im folgenden § 7 gelingen, so muß sich uns eine Stufen- und Reihenfolge, oder nach bisheriger Ausdrucksweise „Rangordnung", ergeben, in welcher die Rechtsquellen unseres positiven Rechts anzuwenden sind und gelten. (Auch schon Savigny nämlich spricht von einer solchen „Rangordnung", Syst. I § 42 S. 266.) Soweit somit nicht die flüssigen und festen Stoffe unter 3. überhaupt keinerlei solche Rangordnung zulassen werden, bei den so zu nennenden „neutralen" Rechtsstoffen also, welche sowohl einem Naturrechte als einer Geschichte zugänglich sind (§ 6 II B c), wird sich diese Stufenfolge nun in folgender Weise gestalten:

I. Primär gelten die, zu 1 ebenerwähnten, höchst seltenen Fälle der sogenannten höheren Rechtsgründe: boni mores etc., welche freilich besondere Bedingungen wie Vorsicht in ihrer Anwendung erheischen werden (§ 7 A 4, § 6 II B c 2 α).

II. Eventuell gilt nach bisherigem gemeinen Rechte: ein lebendes Gesetz und Gewohnheitsrecht, als unter sich völlig gleichberechtigte und geschichtliche Rechtsquelle: Denn von diesen hebt jede spätere Quelle die frühere auf. (Sav. Syst. I § 18 S. 82.)

III. Subeventuell, wenn ein geschichtliches lebendes Gesetz oder Gewohnheitsrecht nicht bekannt ist, tritt ein Schaffen eines geltenden oder positiven Rechtes aus inneren Rechtsgründen, aus natura, Billigkeit, ratio etc., d. i. ein Juristen- oder Naturrecht ein.

IV. Weiter eventuell, in Ermangelung jeder andern Rechtsquelle übt wohl ein geschichtliches praecedens, das Princip der Stetigkeit einer Uebung einer opinio necessitatis, welche noch nicht zum Gewohnheitsrechte durchgedrungen ist, an sich eine autoritative Macht aus: Primär etwa die Uebung eines „berechtigten" Rechts vor den Gerichten: als Präjudiz (ein Akt der geschichtlichen Aeußerung eines Organes der Justizhoheit des Staates). Weiter subsidiär etwa auch andere Fälle z. B. unter gleicher Voraussetzung die comunis opinio doctorum, die Uebereinstimmung der Doktrin, welche noch nicht einem gleich autoritativen geschichtlichen Akte der, zum Deklarieren des Rechts geschaffenen Organe der Justizhoheit des Staates, sondern vorläufig

Digitized by Google

nur eine theoretische Anerkennung der Wissenschaft für sich hat. Ueber die Begründung dieser Ziffer IV. unten § 7 B 2.

Daraus aber werden sich wieder zugleich verschiedene formal praktische Folgen für die Rechtsdarstellung in Praxis und Theorie ergeben müssen. Beispiele: Gerichte, selbst Untergerichte, Lehrer ꝛc. dürfen von oberstrichterlichen Präjudizien wie von Doktrinen, welche kein Gesetz und Gewohnheitsrecht anwenden, dann abweichen, wenn bessere geschichtliche Rechtsquellen von höherer Rangordnung vorliegen, als die im Präjudiz und Lehrbuch erwähnten; weil Praxis und Doktrin als solche nicht selbst Rechtsquelle, sondern überhaupt nur eine bloße Anwendung der Rechtsquellen ist, und in diesem Falle eben ein besserer zwingender Rechtsgrund des Juristen- oder Naturrechts oder einer andern Rechtsquelle vorliegen wird. Z. B. ein Präjudiz der oberen Instanz oder ein Lehrbuch hat ein Gesetz oder Gewohnheitsrecht ganz übersehen, also eine falsche Geschichte angewendet. Oder aber es hat nur übersehen, aus einem gegebenen Gesetze oder Gewohnheitsrechte eine Analogie oder Consequenz zu ziehen, und die untere Instanz vermag sich überhaupt auf bessere innere Gründe zu berufen. Im letzteren Falle ist wenigstens ein falsches Naturrecht oder Juristenrecht, sind falsche innere Gründe angewendet. In solchen Fällen also hätte auch ein Präjudiz, ein Urtheil, eine Doktrin gegen die Rechtsquellen, i. e. falsch geurtheilt; dieses Urtheil wäre contra rationem gefällt und nie: »ad consequentias producendum«. Sowohl dasselbe Gericht, als untere Instanzen wären berechtigt, in diesem Falle selbst von oberstrichterlichen Präjudizien abzuweichen. — Liegen dagegen neue, bessere Gründe nicht vor, so wird ein geschichtliches „Princip der Stetigkeit" auch im Rechte ein Festhalten sowohl am Präjudize, als wohl auch an einer communis opinio rechtfertigen, solange, bis eben bessere Gründe bekannt werden. Das Nähere indessen unten § 7.

c) Eine erfahrungsgemäße, formale Grenzlinie zwischen Naturrecht und Geschichte. Oben unter I, a und b wurde gezeigt, daß und wie überhaupt im geltenden Rechte „Naturrecht neben Geschichte" Platz greift. Wenn dies der Fall, welches ist nun die erfahrungsgemäße formale Grenzlinie zwischen beiden? Gibt es eine solche, formal unübersteigbare Grenzlinie, innerhalb welcher somit — bald nur eine bloße Subsumtion unter eine bereits „gegebene" Materie einer älteren „Geschichte" (oder der geschichtlichen Rechtsquellen des Gesetzes, Gewohnheitsrechtes ꝛc.), bald aber nur eine Construktion eines Naturrechts, d. i. ein Schaffen eines Rechts mittels des Forschens des menschlichen Geistes eintritt? — Die Antwort wird lauten: Es gibt eine solche Grenzlinie, und diese folgt aus der verschiedenen Natur der Rechtsstoffe. Es gibt nämlich: 1. Feste oder fixe Rechtsstoffe, welche nur durch Geschichte, 2. flüssige, welche nur durch Naturrecht, 3. endlich neutrale Rechtsstoffe, welche durch beides geregelt werden können. — Die

Digitized by Google

Wichtigkeit einer solchen Verschiedenheit der Rechtsstoffe für die Rechtsdarstellung und Schule des Rechts hat den Verf. schon seit 1860 veranlaßt, die Aufmerksamkeit fortwährend auf dieselbe zu lenken! So hat derselbe bereits in seinen „Untersuchungen über die heutige Schmerzengeldklage", 1860, S. 68 ff. dieselben unter dem Namen: 1. absolut positive, 2. relativ positive und 3. neutrale unterschieden. Dann wieder: „Zur Kritik der heutigen Negatorien- und Confess.-Klage", 1873, S. 76—78; endlich in seinen „Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio", 1884, S. 166 ff. ꝛc. — Anklänge an diese Unterscheidung finden sich schon in Savigny's Syst. I S. 36, 41 und Beruf unserer Zeit, Ziff. 3 und 8, (3. Aufl. S. 16, 17, 131.) — Vergleichen wir diese Rechtsstoffe einzeln!

1. **Feste** oder fixe, technisch-mechanische Rechtsstoffe, welche in einer sicheren Weise überhaupt nur durch eine Geschichte festgestellt werden können. — Allen Philosophemen zum Trotze werden sich einzelne Materien des Civilrechts jedem geistigen Forschen gegenüber spröde und unzugänglich erweisen! Dieselben werden sich nun einmal nimmermehr durch innere Gründe allein, sondern nur durch ein äußeres, striktes Machtgebot: durch einen Gesetzgeber oder durch die unwillkürliche Uebung eines Gewohnheitsrechts gleichmäßig feststellen lassen. (Sav. Syst. I S. 36.) Hier somit liegt eine ausschließliche Domäne eines thatsächlichen Gegebenseins, unabhängig von aller Philosophie und Naturrecht: ein ausschließliches Objekt einer Geschichte vor. Beispiele solcher Rechtsbestandtheile sind: Zeitbestimmungen, Termine wie Fristen, Großjährigkeits-, Verschollenheitstermine, der Termin der Eidesfähigkeit, Verjährungs-, Prozeß- und sonstige Fristen; Maaße- und Größebestimmungen: die concrete Summe bei gerichtlicher Insinuation von Schenkungen, bei Geldstrafen, die bestimmte Höhe der concreten Freiheitsstrafen; Bestimmungen über eine Erbfolgeordnung, z. B. der Ehegatten bei vorhandener Descendenz und ohne solche, über das Verhältnis der voll- und halbbürtigen Abstammung, ferner Formen der Rechtsgeschäfte: reine Formalverträge, Wechsel, der Mechanismus eines modernen Grundbuchs, Hypothekenbuchs; Curatelvorschriften; die sogenannten Polizeibestimmungen des Rechts: einer lex Julia et Popia Poppaea, eines Sc. Macedonianum etc. etc. — An der Lösung solcher Fragen, beispielsweise, ob eine Liquidationsfrist 1—2 Wochen dauern, eine Strafe 10—20 Mark betragen, eine Klage in 1—2, 20 oder 30 Jahren verjähren, eine Eidesmündigkeit, Großjährigkeit gerade mit 15—16 oder 21—22 Jahren einheitlich eintreten müsse, würde bei einer concreten Feststellung aller Geist, jede Philosophie zu Schanden werden; diese Fragen lösen keine inneren Gründe eines Naturrechts sicher; denn solche Gründe existieren hier überhaupt kaum so, daß sich dieselben in bestimmten Zahlen ausprägen ließen. Jedenfalls wären sie zu schwankend. Hier also löst nur das Machtgebot einer äußeren Autorität das Schwanken, eine Thatsache eines Geschehenseins oder einer Geschichte: ein Gesetz, die constante Uebung



Digitized by Google

eines Gewohnheitsrechts, äußerstenfalls ein durchschlagendes praecedens eines Richterspruches, eines höchsten Gerichtshofes ꝛc.

Nur bei einer ersten Entstehung eines völlig neuen derartigen Rechts (Sav. Syst. I S. 41) infolge der Selbstentwicklung alles gegebenen Rechts, z. B. bei Neubildungen eines Gewohnheitsrechtes, könnte man sagen, daß diese ersten Akte eines Gewohnheitsrechtes auf inneren Naturrechtsgründen sich zu stützen wenigstens suchen werden, damit diese sich erst durch längere Uebung zu einem Gewohnheitsrechte verdichten können. Denn sonst müßte ja jedes Gewohnheitsrecht aus einem Unrechte entstehen! Da nun, wo völlig neues Gewohnheitsrecht entsteht, wird zumeist diese Entstehung aus Gründen eines Naturrechts ohnehin nicht zu beanstanden sein. Da aber, wo ein früheres veraltetes Gesetz oder Gewohnheiten durch ein neues Gewohnheitsrecht abrogiert werden soll, wird dies Naturrecht entweder auf sogenannten höheren Rechtsgründen beruhen, in welchem Falle allein ein Naturrecht jedem Geschehenen, jeder Geschichte vorgehen darf. Z. B. bei Aufhebung einer Sklaverei, der Folter (§ 6 II B b I und c 2 α mit § 7 A 4); oder es können andere Zufälligkeiten eintreten; wie z. B. die „irrthümliche" Auffassung eines antiken römischen Gesetzes bei heutigen Fideicommissen, bei der heutigen Anwendung von Siegeln ꝛc., welche sich gleichfalls allmälig zu einem Gewohnheitsrechte verdichten. Interessant ist hiebei, wie im ersterwähnten Falle, beim Entstehen eines neuen Gewohnheitsrechtes, das Naturrecht, welches die Feststellung solcher fester gewohnheitsrechtlicher Zeit- und Raumbestimmungen unternimmt, ebendeshalb, wegen des Mangels innerer Gründe, oft „mit Haaren" in naivster Weise feste Anhaltspunkte aus andern Rechtsbestimmungen, selbst aus, dem Rechte ganz fremden Wissenschaften und Umständen, herbeizieht. So beispielsweise die Feststellung der heimischen Verschollenheitstermine bei Absentencuratelen: aus der Zeitbestimmung des Psalm 90, 10! Ferner die Motivierung der Klagenverjährung der prätorischen Interdikte mit der, nur einjährigen Amtsdauer des Prätors; obgleich dann doch ein, von dem jeweiligen Prätor erst am 31. Dezember erlassenes Interdikt nur einen Tag hätte in Geltung bleiben dürfen; ferner das Herüberziehen der civilen Klagerechtsbestimmungen in das, seit dem 6. Jahrhunderte Roms sich völlig neu bildende gemeine Verkehrsrecht des jus gentium zwischen cives und Nicht-cives, als: actiones »utiles« etc. etc. — Dies die Behandlung der festen, mechanischen Stoffe des Rechts! —

2. **Flüssige** Rechtsstoffe, welche umgekehrt nie einer Geschichte, sondern nur besseren inneren Gründen, nur einem flüssigen Naturrechte wie der Construktion zugänglich sind. — Auf solche Rechtsbestandtheile nun ist umgekehrt jede Geschichte vollständig einflußlos: sowohl das, in der Vergangenheit Geschehene, als das in der Gegenwart Geschehende. Verlorne Liebesmühe wäre es, wenn hier jemals ein Gesetzgeber durch das Machtgebot seiner Gesetzgebung', oder ein

Digitized by Google

Gewohnheitsrecht durch die Macht seiner Gewohnheit solche Stoffe dauernd fixieren, inveterieren wollte! Gegen sie wäre äußere, menschliche Macht ebenso wirkungslos, wie wenn wir gegen irgend ein, nun einmal gegebenes, Naturgesetz mit menschlichen Mitteln ankämpfen und etwa verfügen wollten, daß ein Schnee zu trocknen sein sollte, daß das, was schwarz ist, nicht mehr schwarz, sondern weiß sein solle, daß unsere Berge eben sein sollten u. s. w. Diese Stoffe sind eben ausschließliche Domäne einer Erfahrung der Wissenschaft in Praxis und Theorie: eines Naturrechtes! Hier gibt es nur ein Gehorchen gegenüber inneren Naturgesetzen, welche wir allerdings durch Erfahrung, nicht blos a priori, erforschen müssen. — Der Verf. hat ebendeshalb diese Rechtsmaterie früher „relativ positive" bezeichnet, weil deren Feststellung nach Art des Naturrechts überhaupt nur relativ, nach relativ besseren inneren Gründen und Ueberzeugungen erfolgen kann, so daß ein relativ besserer Grund immer wieder einen früheren, nicht gleich berechtigten, beseitigen kann. — Im Allgemeinen lassen sich diese Rechtsstoffe etwa wieder in drei verschiedene Gruppen ausscheiden. —

α) Rechtssätze, welche auf einem, für uns, momentan gegebenen höheren Gebote einer Sitte beruhen, und sich möglicherweise von selbst und unwillkürlich aus dieser herausbilden. Es sind dies zum Theil dieselben Fälle, welche im Civilrechte Puchta's Gewohnheitsrecht (Th. II § 6 S. 56), vielleicht mit etwas zu weiter Ausdehnung, als „höhere Rechtsprincipien" und: als, dem Principe der „Rationalität" (richtiger dem Naturrecht) unterliegende bezeichnet. (Er bezeichnet nämlich dort als, keiner menschlichen Festsetzung unterliegend: Göttliche Gebote, gute Sitten, höhere Rechtsprincipien des bestehenden Rechts, welche kein jus singulare zulassen.) Die Römer sprechen gleichfalls wiederholt von ihnen; indem sie unter anderem sagen, daß Satzungen contra bonos mores, daß solche, welchen eine turpitudo anhaftet ꝛc., rechtsunwirksam seien. Endlich hat sich in der Neuzeit die Politik derselben bemächtigt, und aus ihnen die bekannten Menschenrechte der Staatsverfassungen geschaffen: So früher in England, dann 1774 in Philadelphia, 1789 in Paris, 1848 in Frankfurt. Auch diese enthalten Privat- wie öffentliches Recht. — Mit der Aenderung der Sitte nun, welche ja gleichmäßig mit dem Rechte überhaupt Aenderungen unterliegt, ändern sich auch diese höheren, menschlichen Sittengesetze je nach Ort und Zeit (§ 7 A 4). Beispiele sind: die Aufhebung der früher gesetzlich begründeten Sklaverei, der Folter, des Hexenverbrennens, welche sämmtlich durch veränderte Sitte und durch höhere Rechtsgründe mehr oder weniger gefallen wären, auch ohne daß je eine Gesetzgebung oder ein Gewohnheitsrecht secundiert hätte. Ueber die Art ihrer Bewegung vgl. § 7 A 4.

β) Flüssig ist ferner die Selbstentwicklung und Feststellung der Technik oder der technischen „Begriffe" des Rechts, (die Definition) und deren blos formale Construktion (§ 1, 4 I β; § 5 III 2, b).



Digitized by Google

Die Römer sprechen dies nach ihrer Art so aus. Sie sagen: omnis »definitio« in jure civili periculosa. Ein Gebot eines Gesetzgebers, oder auch nur ein Fesselnwollen des formalen Begriffes eines Rechtsinstitutes durch die Uebung eines Gewohnheitsrechtes, würde die Rechtsentwicklung innerhalb unseres Rechtes nur hemmen können, ohne sie aufzuhalten, und ohne doch auf die Dauer Beachtung finden zu können. Auch das System nämlich eines Rechts sowie jeder einzelne Begriff dieses Systems bildet sich aus der sachlichen Erfahrung seiner unwillkürlich gegebenen natura, aus der Natur der „Sache" frei nach den Erfahrungen der Wissenschaft, welche die hier gegebenen inneren Naturgesetze erforscht; diese erfahren wir unwillkürlich wie mit Natur-Nothwendigkeit, ohne daß es etwas helfen würde, selbst wenn eine äußere Macht das Gegentheil erzwingen und befehlen wollte, daß eben das Schwarze weiß sein sollte! Diese Construktion des materiellen Systems ist daher eine freie Domäne einzig der „Wissenschaft" in Praxis oder Theorie, eines „Naturrechts" an der Hand einer Erfahrung, ohne daß das Gegebensein irgend einer Geschichte endgültig entscheiden könnte. Auch hier gilt es nur, diese unwillkürlich gegebenen Erscheinungen des fortschreitenden Lebens des Rechts, die Neubildungen, von welchen uns § 2 I 2 Beispiele zeigt, wissenschaftlich oder technisch wahr zu schildern, zu beschreiben, und aus dieser Beschreibung den technischen Begriff, die Definition zu abstrahieren.

Dieses Gesetz einer Selbstentwicklung und einer, ebendeshalb nothwendig empirisch freien, formalen Construktion des Systems zeigt sich erfahrungsgemäß berechtigt in dem gesammten Organismus unseres Rechts. — So erstens vor allem in der näheren Feststellung beispielsweise der Rechtsquellen selbst.*) Insbesondere der Frage, ob Geschichte i. e. die geschichtlichen Rechtsquellen des Gesetzes oder Gewohnheitsrechtes oder ein Naturrecht Platz zu greifen habe. Sobald beispielsweise die Erfahrung zeigt, daß alle Welt ein neues Recht beachtet und in einer bestimmten Weise so finden muß, eben da beispielsweise, wo ein Gesetz und Gewohnheitsrecht nicht ausreicht, d. i. im Naturrechte, wird dies Naturrecht und seine Umschreibungen: das wissenschaftliche, das Juristenrecht, der Natur der Sache ꝛc. erfahrungsgemäß (empirisch, § 7 A 3) eine Rechtsquelle sein müssen, gleichviel ob der Anhänger und Doktrinär einer historischen Schule, welcher nebenbei diese Recht erzeugende Quelle von jeher selbst unbewußt anwendet, darüber aus Tendenz oder aus antiquarischen Gründen zedert und sie fanatisch aprioristisch-theoretisch verfolgt. Ebenso wird

*) Aus einem anderen Grunde gibt u. a. auch Savigny Syst. I § 27 S. 165 das Nichtmaßgeben der römischen Bestimmungen über die Rechtsquellen zu, weil sie „staatsrechtlicher" Natur seien. (cf. auch Zittelmann, Gew.R. und Irrthum, Arch. f. civ. Praxis Bd. 66 S. 344.) Freilich wird die Form, das Motiv der Rechtsquelle des Gesetzes ꝛc. öffentlicher Natur sein; ob aber auch die materielle Geltung von Gesetz, Naturrecht, Gewohnheit? Ob auch das Produkt?

Digitized by Google

wohl umgekehrt da, wo erfahrungsgemäß ewig ein Recht auch dann gleichmäßig geübt wurde, wenn weder innere bewußte Gründe eines Naturrechts, noch ein Gesetz vorliegt, so klar, wie das Recht etwa Schillers auf die eigene Nase, ewig ein Gewohnheitsrecht gelten; auch dann, wenn eine praktische Theorie und selbst eine Gesetzgebung die Rechtsquelle dieses unbewußten Gewohnheitsrechts nicht anerkennen, verbieten wollte; (§ 2 des 1. D. Civil-Ges.-B.-Entwurfs von 1888. Darüber noch unten § 9, 4!) — So ferner zweitens bei der „Construktion" der organischen Rechtsregeln, in ihrem Aufbau zu allgemeinen Principien, wie in ihrer Verästelung zu den einzelnen Venen von casuistischen Rechtssätzen für ein specielles Institut. Die allgemeinen theoretischen Grundsätze, die Beschreibung der Principien der Rechts-Regeln, z. B. über Entstehung, Verjährung der Rechte ꝛc. werden nie diktiert werden können, sondern die generellen Regeln werden nur aus den gegebenen einzelnen Regeln wissenschaftlich abstrahiert, gefolgert werden dürfen, wenn sie nicht falsch sein sollen. Hier gilt formal der Satz: ex jure, quod est, regula fiat; sie sind nur das Facit einer Rechnung, nur eine Folgerung! Eine falsche Folgerung kann aber hier ein Gesetzgeber nicht durch einen Machtspruch zu einem correkten „machen"! Wenn z. B. ein Recht sagt, daß eine einjährige Klagenverjährung nur bei bestimmten prätorischen Klagen, im übrigen aber eine dreißigjährige Klagenverjährung als Regel einzutreten hat, so könnte der Gesetzgeber nicht commandieren, daß die einjährige Verjährung trotzdem die Regel sein solle; er müßte erst die Prämissen dieser Regel ändern. Umgekehrt werden die Regeln über dolus und culpa, über Versuch, Vollendung fortwährend der Begriffsbestimmung, der Construktion der Wissenschaft in Praxis und Theorie überlassen werden müssen. Gesetzgeber wie Gewohnheiten könnten sonst Irrthümer fixieren. — Ebenso drittens bei der Begriffsbestimmung oder formalen Construktion der einzelnen mechanisch sich gliedernden Rechtsinstitute des Civilrechts wie der Reate des Strafrechts und der Gattungsbegriffe beider. Kein Gesetz kann beispielsweise gebieten, daß ein dingliches Recht, wie etwa eine Servitut, eine Obligation sein, daß ein Eigenthum bloßer Besitz sein solle; was Kauf, Tausch, Eigenthum, Besitz, Schmerzengeld ꝛc. begrifflich sein solle, sobald die einzelnen Rechtssätze, die Prämissen dieser Begriffsbestimmung hindernd im Wege stehen. Selbst das, regelmäßig nur der Gesetzgebung zugängliche Reichsstrafsrecht mußte beispielsweise innerhalb der Körperverletzung nach § 223 R.-St.-G.-B. in seinem Begriffe mit allseitiger Zustimmung von Praxis und Theorie näher construiert, durch Beifügung des, zum Thatbestand gehörigen Requisites der „Rechtswidrigkeit" begrenzt werden; weil sonst auch die berechtigte körperliche Züchtigung der Eltern, Lehrer gegenüber Kindern unter den Wortlaut des Strafgesetzes gefallen sein würde und so straffällig gewesen wäre ꝛc.! — — Darin also zeigt sich wiederholt, wie die ganze formale Technik: die formale Definition oder formale Con-

Digitized by Google

struktion der Rechts-„Begriffe" flüssiger Natur ist und nur der Erfahrung der inneren Gründe eines „Naturrechtes", nie der Feststellung durch eine gegebene Geschichte, nie einer Fixierung durch die Macht einer Gesetzgebung oder Gewohnheit, unterliegen kann!

γ) Absolut unmögliche Rechtsbestimmungen. — Auch faktisch wie logisch absolut unmögliche oder sinnlose Rechtsvorschriften wie deren Auffassungen sind wohl unzweifelhaft flüssiger Natur. D. h. sie können durch menschliche Vernunft oder Naturrecht allein corrigiert werden. Keine frühere Geschichte, weder Gesetzgebung noch Gewohnheitsrecht, könnte derartiges festhalten wollen! Solche Fälle werden häufig mit den Fällen unter β zusammenfallen können. — Ein Beispiel ist vielleicht eine heutige Verballhornung des Begriffs einer römischen actio negatoria neben einer confessoria; (vgl. des Verf. Schrift: „Zur Kritik der heut. Negatorien- u. Conf.-Klage, Jena 1873), welche oben in der Note* der Seite 505 bereits berührt. Bei uns drohte der Cultus des historischen Buchstabens der Justinianischen Fragmente u. a. zu der monströsen Annahme zu führen, als ob eine negative Klage, — diese bloße nothwendige Eigenschaft des Wesens einer jeden Klage aus wohlerworbenen Rechten, diese negative Abwehr, ohne etwas positiv oder confessorisch anzusprechen — mechanisch nur in den ganz bestimmten Fällen zugelassen werden wollte, in welchen der Buchstabe des corpus juris zufällig ausdrücklich von einer actio negatoria, oder, was im römischen Recht dasselbe ist, von einer actio negativa, contraria, prohibitoria spricht! — Jede solche Unmöglichkeit ist wohl flüssiger Natur und durch innere Gründe einer ratio des Naturrechts zu beseitigen; selbst wenn sie scheinbar, wie nicht, in einer Gesetzgebung stände!

3. **Neutrale** Rechtsstoffe. — Zwischen den bisher erwähnten festen und flüssigen Rechtsbestandtheilen endlich gibt es reichlich vertretene „neutrale" Rechtsmaterien, d. h. solche, welche jede Regelung sowohl durch Naturrecht, als durch die geschichtlichen Rechtsquellen: Gesetz, Gewohnheitsrecht ꝛc. vertragen und so neutral zwischen der Anwendung von Geschichte und Naturrecht in Mitte stehen. Sie können so allerdings sowohl der schwankenderen Darstellung durch die Wissenschaft als Naturrecht unserer Doktrin oder Praxis überlassen, als durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht geschichtlich bestimmt fixiert werden. Ein Beispiel bietet insbesondere fast die ganze Casuistik der gemeinrechtlichen Institute unseres sog. deutschen Privatrechts und unserer Praxis, i. e. die Casuistik der Neubildungen unseres Civilrechts gegenüber dem römischen Rechte, von welchen wir oben § 2 I 2 Beispiele kennen gelernt haben. Hier nämlich stehen regelmäßig zwar die nackten Institute, beispielsweise die Institute der Reallasten, der Erbverträge, des Schmerzengeldes ꝛc. an sich durch Gewohnheitsrecht oder Gesetz fest; deren casuistische Rechtssätze aber über Entstehung, Untergang, Natur und Verjährung der Klagen ꝛc., kurz dieselben „Rechtssätze", welche bei den römischen Instituten großentheils bereits

Digitized by Google

fixiert sind, sind hier zumeist noch nicht als unwillkürlich gegebene Materie einer Geschichte geregelt, sondern durch Doktrin wie Praxis erst jetzt wissenschaftlich zu regeln*). Werden diese Rechtssätze nun von einem Gesetzgeber oder durch ein Gewohnheitsrecht einmal fixiert, und ist dann auch ihre Fixierung eine, vielleicht nach inneren Gründen, zufolge einer juristischen Consequenz ꝛc. ungerechtfertigte, so wird man von dieser Feststellung zwar sagen können, sie sei singulär, contra rationem introducta und daher nicht zu weiteren Consequenzen zu führen; aber man wird von ihnen, auch wenn sie noch so irrationell fixiert sind, nicht mehr ebenso abweichen dürfen, wie von den, ihrer Natur nach flüssigen, soeben erwähnten Rechtsbestandtheilen unter 2. Diese Nachtheile überdies einer inconsequenten Fixierung derselben durch einen Gesetzgeber können anderseits durch den Vortheil wieder einigermaßen ausgeglichen werden, daß sie damit wenigstens dem fortwährenden Schwanken des Naturrechts entzogen und fortwährende Processe verhütet werden. Freilich ist eine vollendete Fixierung auch solcher neutraler Stoffe durch eine Geschichte nur die, welche diese casuistischen Bestimmungen zugleich, soweit möglich, gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich auf Rechtsprincipien oder allgemeine Regeln — auf ihre ratio — zurückführt.

C. Das Resultat also der bisherigen formalen Grundgesetze des praktischen Rechts? Die bisherigen Extreme unserer aprioristischen Doktrinen, daß in allen Fällen formal entweder ausschließliches Naturrecht oder ausschließliches geschichtliches Recht angewendet werden könne, sind schon deshalb praktisch unmöglich, weil die Verschiedenheit der inneren Natur und Struktur schon des Rechts dieses erfahrungsgemäß nicht zuließe, sondern Geschichte neben Naturrecht suo loco fordert: Weil es feste und flüssige Rechtsbestandtheile gibt. Hier gibt es ein Mittelding einer Wahl, eine Eklektik: weder für den Gesetzgeber, noch für die Uebung des Gewohnheitsrechtes, noch für die Wissenschaft: als Praxis oder als Theorie! —

Anders ist es, wie gesagt, nur bei den neutralen Rechtsbestandtheilen oder Rechtsstoffen. Hier hat die Geschichte, Gesetz wie Gewohnheitsrecht, allerdings die Wahl: entweder ob sie diese neutralen Stoffe der freien Regelung der Wissenschaft, als Praxis (Präjudiz) oder als Theorie, auch fernerhin überlassen, oder aber, ob sie dieselben gesetzlich, beziehungsweise gewohnheitsrechtlich fixieren will. — Bisher allerdings waren die Anschauungen unserer aprioristischen Doktrinen andere! Früherhin nämlich, vor Savigny, nahm namentlich eine

*) Allerdings gibt es auch hier Ausnahmen. Eine Ausnahme bilden beispielsweise etwa wenige, gewohnheitsrechtlich in den einzelnen geschichtlichen Anwendungsfällen der Genossenschaft feststehende Rechtssätze: Bei der Realgemeindegenossenschaft, bei Feuerwehren, Turn-, Kunstvereinen, Harmonien, Gewerkschaften, Condominaten z. B. stehen die Regeln der modernen Genossenschaft: der Ausschluß der Kündigung, der actio communi dividundo und des Consenses der Einzelnen, letzteres bei Majoritätsbeschlüssen, gewohnheitsrechtlich fest ꝛc.

Digitized by Google

Naturrechtsschule formal in extremer Weise an, der Machtspruch des Gesetzgebers könne legislativ über alles Gesetze machen, wie sie umgekehrt auf positivem Boden glaubte, selbst über alles Positive maßgebend philosophieren zu können! Savigny gebührt das Verdienst, nach der einen Seite der Geschichte diesen einen utopischen Glauben zerstört und gezeigt zu haben, daß es eine „unwillkürlich" gegebene Geschichte gibt, an welcher eine Naturrechtsphilosophie nimmermehr rütteln könnte. Dagegen gerieth freilich Savigny nach der andern Naturrechtsseite hin in das andere, gerade entgegengesetzte Extrem! Er glaubte alles Recht durch Geschichte allein bereits vollendet gegeben, leugnete deshalb unseren Beruf einerseits zu einer Civilgesetzgebung fast vollständig, anderseits aber die Berechtigung auch einer Anwendung selbst eines empirischen Naturrechts auf positivem Boden unbedingt. — Die Wahrheit also liegt nach dem Erwähnten in der Mitte: Weder die Geschichte überhaupt, d. i. weder der vergangene Gesetzgeber, noch ein Gewohnheitsrecht, kann die, dem Naturrechte allein zugänglichen flüssigen Rechtsstoffe durch ein Machtgebot fixieren, noch kann das Naturrecht umgekehrt fixe Rechtsstoffe regeln! Nur auf bestimmten neutralen Gebieten können beide Extreme wechselnd hausen, kann so auch eine bloße Geschichte als Gesetzgebung einer Vergangenheit wie als Gewohnheitsrecht ein Recht, selbst contra rationem des Naturrechts, fixieren, und, wie das frühere geschichtliche Gelten einer Sklaverei, eines Hexenverbrennens ꝛc. beweist, selbst theilweise Willkür üben. Hier steht die Welt unbedingt unter der Herrschaft des Gesetzes wie der unbeugsamen Macht der Gewohnheit. Beide haben hier die Wahl zwischen Gutem und Schlimmem, zwischen aequitas und jus contra rationem; hier ist für diese beiden eine Eklektik zwischen Geschichte und Naturrecht möglich, welche der Wissenschaft als Praxis und Theorie nicht zustünde, sobald sich diese der Gründe des justum und aequum bewußt ist!

Aber noch auf andere Weise könnte ja gerade ein hochachtbarer Theil unserer Rechtslehrer eine formale Eklektik oder eine blos abwechselnde Beschäftigung unserer Jurisprudenz für möglich halten. So spricht z. B. Dernburg (Pand. § 16) davon, daß „nach einer Periode der Vertiefung in die Quellen" das Bestreben sich geltend machen werde, die, in gelehrtem Studium gestählte Urtheilskraft an der Praxis zu bewähren. — — Dies klänge ja wie eine Art zeitweiser „Resignation" auf höhere Ziele, auf tiefere Wissenschaft, welche nach jener tieferen Periode eintreten sollte! Aber sind Praxis und „Quellen" Gegensätze? Ist deshalb ein reales Recht, war das quellengemäße und praktische „römische" Recht eine Verflachung gegenüber unseren aprioristisch-doktrinären Schulen? Hier ist unter „Quellen" offenbar nur das „vergangene", zum Theil todte römische ꝛc. Recht, (Quelle im Sinne einer historischen Schule, S. 211 verstanden), welches Recht doch selbst nur das Produkt der Quellen, nimmermehr selbst Quelle ist! Aber zufolge unserer Geschichte § 3 I hat sich gezeigt, daß das prak-

Digitized by Google

tische Recht allein real von jeher gegolten, nimmermehr also ein blos „periodisches" sein wird, sondern ein, für Menschen ewiges! Und in unserem nachrömischen Rechte dürften ja die Kämpfe der doktrinären Schulen gegen unser praktisches Recht eben gerade erst dadurch veranlaßt worden sein, daß jene nicht alle wirklich positiven „Quellen" anwendeten, und so nicht eine lebenswahre, realistisch-positive Wissenschaft verfolgten! Denn nicht die Phrasen „Geschichte" oder „Naturrecht" der bisherigen theilweise aprioristischen Rechtsschulen sind ja unbedingt die wahren, positiven „Rechtsquellen", sondern: die Rechtsquellen, welche das praktische Recht der Römer und unsere Praxis vom Anbeginne einer Welt wohl anwendet, nämlich: Gesetz, Gewohnheitsrecht und Naturrecht als subsidiäres Juristenrecht wie sporadische höhere Sittengesetze! Sollte sich also unsere Gegenwart nicht gerade der Gegensätze zwischen Theorie und Praxis in Bezug auf die Anwendung der „Quellen" vor allem principiell bewußt werden müssen, der Gegensätze, welche gerade Dernburg selbst (§ 3 S. 354) vor allen andern Juristen unserer Doktrin so wahr, offen und dankenswerth gelöst, beseitigt hat, indem er bewußt Geschichte neben Naturrecht anwendet? Weil aber dies praktische und lebende Recht allein alle Quellen, „Geschichte" neben Naturrecht suo loco in seinem organischen Baue vermählt, deshalb wird auch dieses Recht künftighin selbst „vergangene Rechtsgeschichte" sehr wohl kennen und beachten müssen, ja besser vielleicht noch, als die bisher nur romantisch zusammenschachtelnde historische Schule (§ 2 IV, § 3 II A 3, S. 274 ff., § 6 I c). So gibt es allerdings eine Einigung von Theorie und Praxis, welche auf keine der Tiefen und Ideale beider periodisch zu verzichten braucht: weder auf eine Vertiefung unserer deutschen Wissenschaft in vergangene Rechtsgeschichte, noch auf reales Gelten innerhalb der Gegenwart! Möge diese erreicht werden! — Im folgenden Paragraphen werden wir ebendeshalb noch das Verhältnis einer praktischen Rechtsschule zu beiden bisherigen Schulen und ihren „Quellen" speciell betrachten müssen! —

## § 7. Rechtsbestandtheile, welche alles lebende und praktische Recht aus den beiden bisherigen Natur- und historischen Rechtsschulen entnimmt, und das Verhältnis desselben zu diesen beiden aprioristischen Schulen.

Nach dem Bisherigen vermählt eine praktische Rechtsschule die materiellen Gegensätze der bisherigen Naturrechts- und historischen Schulen quellengemäß zu einer organischen Einheit, so daß sie jedem der Bestandtheile dieser letzteren Schulen den, ihnen gebührenden Ort anweist; dabei ist, wie gesagt, der Geist des Naturrechts das, was jedes Recht und jede einzelne Rechtsquelle belebt (§ 6 I a und b). Damit tritt aber nothwendig ein theilweiser Gegensatz und theilweise Uebereinstimmung der praktischen mit jeder dieser beiden bisherigen Schulen ein. Ueberdies dürfte die Consequenz des wahren Wesens von Naturrecht und Geschichte selbst schon die Schablonen

Digitized by Google

der bisherigen Schulen einigermaßen durcheinandergerüttelt haben, so zwar, daß das, was Naturrecht schien, sich hie und da zu lebender Geschichte stempelte, und umgekehrt, (z. B. § 1, 5 I und III). Auch in dem Folgenden wird dies zu geschehen haben! (Z. B. § 7 B 2). Deshalb wird es zweckmäßig sein, jetzt das Verhältnis jeder der beiden bisherigen Schulen zum praktischen Rechte übersichtlich zu vergleichen!

A. Verhältnis einer praktischen Schule zu den bisherigen Naturrechtsschulen.

Der materielle Unterschied dieser beiden Schulen ist, einmal, daß die bisherigen Naturrechtsschulen in allen Fällen ein Geistesschaffen eines Naturrechts aus bloßer Vernunft als zulässig erachten, die praktische Schule aber Naturrecht und Geschichte je nur suo loco, soweit es die Rechtsquellen gestatten, und nur nach der Rangordnung der Rechtsquellen in § 6 II B b. Zweitens, daß der reale Begriff des Naturrechts selbst (einer praktischen und historischen Rechtsschule) ein anderer ist, als innerhalb der Naturrechtsschulen. Davon jetzt zunächst.

1. Begriff des Naturrechts. — Materiell ist nach der weitesten Definition Savigny's Naturrecht alles, was „nicht Geschichte" ist, (Zeitschr. f. gesch. Rsw. I 1 1815, S. 1 ff.); somit Philosophie des Rechts überhaupt, oder alles Recht, was früher noch nicht geschehen, sondern erst jetzt aus Vernunft geistig geschaffen wird. Einen realistischen Begriff bietet jetzt u. a. Dernburg, (die Phantasie im Rechte, Berlin 1894 S. 4, 5, 18, 34, 35), welcher für das Naturrecht Verwerthung finden dürfte. Er erfordert ein Zurückgehen auf eine treibende Kraft des Rechts und versteht unter Phantasie nicht blos die Schöpferin des Schönen, sondern auch des Guten; Treue und Ehre sind ihm Töchter dieser Phantasie. Diese Bezeichnung aber dürfte für das Naturrecht zugleich realistische Wahrheit bieten. Denn der Geist der Völker, welcher ihr Naturrecht ist und ihre Rechtsschöpfungen belebt, ist zwar vorzugsweise eine Moral, das bonum et aequum der Römer, wie Ulpian sagt (pr. D 1, 1); aber doch stets ein menschlicher Geist, kein absoluter; es sind dies die Ideale, welche sich ein Volk selbst geistig schafft; bei einem kindlichen Volke sind diese Ideale andere, selbst romantische; z. B. in der Zeit der Kreuzzüge, als bei einem entwickelten, wie dem römischen, mehr rechnenden ꝛc. — — In jedem Falle aber ist der positive Begriff des, in der Geschichte real geltenden Naturrechts ein materiell anderer, als der aprioristische unserer bisherigen Naturrechtsschulen! Bereits zu § 1, 5 I wurde erwähnt, daß diese ihr Naturrecht schon a priori aus der subjektiven Vernunft jedes Einzelnen allein schaffen, zu § 6 I b dagegen, daß das Naturrecht, welches in der Geschichte als Rechtsquelle gilt, ein empirisches ist, welches, um gelten zu können, sich zugleich in der Ueberzeugung der Gesammtheit, des Volkes als Ganzen und seiner Juristen, zu einem allgemeinen Rechtsbewußtsein „verkörpern" muß; weil alles Recht auf Geist und „Körper", Naturrecht und Geschichte, zugleich beruht! Damit nun stimmt die, das

Digitized by Google

Naturrecht im Principe leugnende historische Schule überein, sobald und soweit diese, wie in § 1, 5 I erwähnt, dessenungeachtet von ihrem Ariel fortwährend auf real gegebene Naturrechtsgebiete verschlagen wird! So wendet z. B. ein Eichhorn (Zeitschr. f. gesch. Rsw. I 1815 S. 131, vgl. hiezu Gerber, das wiss. Princip des g. d. Priv.-Rs. 1846, S. 60 f.) eine „Natur der Sache", also wohl eine Erfahrung des unwillkürlich gegebenen Baues des Rechtes an, welche bei fixen Rechtsbestandtheilen (§ 6 II B c 1) Geschichte, bei flüssigen Naturrecht sein muß. Savigny, welcher hiebei zumeist umgekehrt die flüssigen Rechtsbestandtheile im Auge haben wird, (§ 6 II B c 2) spricht von einer allgemeinen Ueberzeugung des Volkes, (wenn auch allerdings im Widerspruch mit seinem Schulprincip, Zeitschr. I S. 6, wonach alles Recht durch die gesammte Vergangenheit bereits gegeben sein sollte). — Davon näheres unten. (§ 7 A 2, c). Beide Anschauungen bestätigen schon, daß die historische Schule gleichfalls nicht subjektives Recht des Einzelnen zuläßt! — Empirisch werden sich uns so aber die bereits berührten zwei Arten des Naturrechts ergeben. —

a. Da, wo zwar keine direkt maßgebende, wohl aber eine, nicht singuläre, analoge Geschichte vorliegt, deren analoge Anwendung somit eine ratio gebietet, wird ein positives Naturrecht wenigstens eine Analogie aus dem geschichtlichen Rechte anwenden müssen, ohne selbst Recht völlig neu schaffen zu dürfen.

b. Fehlen aber auch bloße Analogien aus der positiven Geschichte vollständig, dann allerdings muß das Naturrecht allein ein Recht geistig völlig neu schaffen, um die neu auftauchenden Tagesfragen entscheiden zu können. Aber auch selbst hier schafft ein praktisches Naturrecht wohl dieses ihr Recht nicht a priori, aus individuellen, subjektiven Vernunftgründen oder aprioristischen Principien einer Philosophie, sondern, wie schon erwähnt, „empirisch"; und zwar bei fixen Rechtsbestandtheilen wohl mehr aus einer inneren Nothwendigkeit, einer Natur der Sache, welcher gesunder Menschenverstand diktiert; bei flüssigen und neutralen aber (§ 6 II B c) aus der, unwillkürlich gegebenen Stimme des inneren Gewissens, welche sich uns als aequum und bonum ankündigt; in beiden Fällen aber nicht aus dem subjektiven Ermessen oder der Laune des Einzelnen, sondern unter Beachtung und Prüfung der Ueberzeugung der Gesammtheit. Auch diese, erfahrungsgemäß in uns gebietende Stimme des Gewissens erfahrner Richter aber ist eine reale Wirklichkeit; auch diese aequitas, wird nur schwer durch künstliche „aprioristische" Philosophie zu betäuben sein, so hochtrabend diese auch brillante Geistesfunken vorzaubern würde. Wir haben dies aus den Uebungen der Praxis bereits geschildert, (§ 6 I a, 2)! Sie ist die »opinio necessitatis«, mit welcher auch das Gewohnheitsrecht seine zwingenden Uebungen beginnt, um später erst Gewohnheitsrecht zu werden; sie ist zuweilen selbst öffentliche Meinung, Ueberzeugung des Volkes als Ganzen! Noch ernster treten solche Gewissensfragen an uns heran, wo ein

Digitized by Google

Naturrecht sogar eine primäre Rechtsquelle bildet, bei den sogenannten höheren Rechtsgründen Puchta's; davon § 7 A 4; bei ihnen zeigt sich vor allem, wie ein, empirisch einer Verkörperung zuzuführendes Naturrecht niemals eine, blos subjektiv a priori erfundene Anschauung eines Einzelnen sein, selbst nie subjektiv dem eigenen Volke vorauseilen darf, solange dies Recht noch nicht zu allgemeiner Ueberzeugung bereift ist!

Gleichzeitig ist aber neben diesem materiellen Wesen die formale Methode der empirischen Induktion des praktischen Rechts eine andere, als die der Naturrechtsschulen. — Deren deduktives Naturrecht nämlich erfindet sich a priori (in voraus) die leitenden Principien und deduciert heraus die einzelne casuistische Anwendung. Zunächst das oberste leitende Princip ihrer Rechtsfindung: die Schule selbst, dann erst die übrigen Regeln. So sind unsere beiden bisherigen Rechtsschulen hierin, wie schon erwähnt, aprioristische: Die Naturrechtsschulen erfinden sich vor allem das oberste Schulprincip a priori dahin, daß alles Recht aus der menschlichen Vernunft allein zu finden sei, und deducieren aus diesem geistigen Vernunftschaffen jedes weitere Princip, jede Regel und jeden einzelnen Rechtssatz. Die historische Schule nicht minder erfand sich vor allem ihr oberstes Schulprincip a priori (naturrechtlich) dahin, daß alles Recht in der Geschichte der gesammten „Vergangenheit" gegeben sein müsse. Weil aber namentlich das classische römische Recht das vollendetste war und zugleich für uns durch Geschichte getragen wird, entscheidet sie dann jeden casuistischen Fall unbedingt nach vergangenem römischen und sonstigen Rechte. — Das praktische Recht dagegen geht umgekehrt — anders, als diese beiden Schulen —, empirisch induktiv zu Werke! Dasselbe legt, nach der Analogie eines Archimedes: da mihi punctum, et movebo jurisprudentiam, die einzelnen Ausflüsse der Rechtsquellen zu Grunde; z. B. den Rechtssatz der C. C. C. art. 20, 21, zufolge deren der, unbefugt folternde Richter Ersatz zu leisten hat. (Einleit. S. 6 ff.) Aus diesem einzelnen casuistischen Satze schließt sie mittels Analogie, welche gleichfalls ein Geistesschaffen oder Naturrecht ist, auf einen Ersatz auch bei anderen schmerzhaften Körperverletzungen; daraus construiert sie, von unten (a posteriori) weiter nach oben schließend; zunächst ein ganzes Institut des Schmerzengeldes. Weil aber diese Ersatzklage nicht unter die vergangene Ersatzklage der römischen lex Aquilia paßt, sprengt die praktische Methode seit Wächter zunächst den Begriff des Institutes oder Deliktes der Aquilischen Ersatzklage; die Methode erweitert es dahin, daß dasselbe nicht blos Vermögensentschädigung zu bieten habe bei Vermögensbeschädigung, sondern nach heutigem Rechte auch ohne Vermögensentschädigung, wie beim Schmerzengelde wegen bloßer Zufügung von Schmerzen; wie beim Kranzgelde wegen bloßer Defloration und wie bei bloßem Bruche des Eheverlöbnisses. Diese Gestalt nahm die Aquilia bisher im positiven gemeinen Rechte seit Wächter, (Buße, Leipzig 1874),

Digitized by Google

welchem seitdem die Praxis folgte. Die deutschen Civilgesetzgebungs-Entwürfe von 1888 § 728 und 1894 § 770 ändern nebenbei diese Sachlage wieder; sie setzen für die Cession und den Uebergang des Schmerzengeldes auf Erben besondere Bestimmungen fest. Abweichende besondere Rechtssätze aber bewirken das Entstehen eines neuen selbstständigen Institutes oder Deliktes (§ 5 S. 519). Hierdurch wird das Schmerzengeld civilrechtlich wieder ein selbstständiges Privatdelikt neben der Aquilia. Endlich ergibt sich, daß erst das spätere Gewohnheitsrecht das „vergangene" Schmerzengeld von einer Strafklage oder actio mixta zu einer reinen Ersatzklage umgeschaffen hat. (Einleit. 1 S. 8 ff.) Induktiv von unten ausgehend bricht dieser weitere Erfahrungssatz somit auch das bisher herrschende Schulprincip der historischen Schule selbst, wonach alles Recht durch die gesammte „Vergangenheit" gegeben sein sollte: Es induciert sich nun hieraus auch von selbst die Nothwendigkeit der ganz andern „Schule" des lebenden und praktischen Rechts, wonach das Recht nicht durch eine gesammte Vergangenheit, sondern durch das, den positiven Rechtsquellen entsprechende Gegebensein oder „Leben" innerhalb der Gegenwart begründet ist. — So aber ist auch die formale Methode des praktischen Rechts und seiner Schule durchgängig eine andere, die umgekehrte gegenüber der Methode der beiden bisherigen aprioristischen Rechtsschulen: eine „empirisch induktive", statt einer aprioristisch deduktiven!

Man spricht dann methodisch gleichzeitig auch noch von einer Vereinigung der induktiven und deduktiven Methode. Unsere Untersuchungen haben auch diese Frage (vgl. Einleitung 1, II S. 30) bereits berührt. In dieser Weise allerdings wird jede Feststellung eines Naturrechts mittels dessen Rechtsquelle des sogenannten Juristen- oder wissenschaftlichen Rechts (Puchta, Pand. § 16) vorzugehen berechtigt sein; sie wird die höchste Vollendung eines Rechtes der Wissenschaft (in Doktrin oder Praxis) und zugleich eine Probe für die Richtigkeit und Consequenz ihrer juristischen Construktion abgeben. Die Deduktion eines empirisch und induktiv gewonnenen Principes nämlich, z. B. eines Institutes des Schmerzengeldes, auf weitere Anwendungsfälle wird dann zeigen, ob das aufgestellte Princip auch seine praktische Probe in der weiteren Anwendung besteht, oder ob es so ad absurdum geführt werden kann! — Ein, von Menschen gefundenes Naturrecht endlich kann nie ein absolutes sein; (§ 1 S. 74 ff.), nie eine ratio scripta im Sinne von Leipnitz, sondern nur ein relatives, solange geltendes, bis bessere innere Gründe gefunden sind. Um ein absolutes zu sein, müßte ein Recht ein göttliches sein! Ebendeshalb unterliegt auch dies Recht einer bloßen „Rangordnung", welche in § 6 II B b einstweilen skizziert und in § 7 A 4 und B 2 näher auszuführen ist. Nichtsdestoweniger, trotz der menschlichen Unvollkommenheit des, von uns auffindbaren und geistig zu schaffenden Rechts, dürfen aber wir praktische Juristen doch nicht, wie Savigny's System und Zeitschrift ꝛc., bei dem Mangel eines geschichtlichen Rechts streiken und

Digitized by Google

alle Tagesfragen ungelöst lassen wollen. Wir müssen ebendeshalb das Naturrecht in dieser Rangordnung anwenden! — In dieser Einschränkung nun, als empirisch induktives und zugleich relatives, wurde aber ein Naturrecht von jeher angewendet! — Weisen wir ebendeshalb jetzt die wesentlichsten Momente der Geschichte seiner Anwendung kurz nach! —

2. Ueberblick über die wesentlichsten Momente einer Geschichte der Anwendung des Naturrechts. —

α) Zunächst über eine Geschichte der Form. — Das positive Naturrecht hat, wie soeben gezeigt, materiell in Wirklichkeit regelmäßig nicht eine blos subjektive „aprioristische" Deduktion des Einzelnen aus Vernunft und Laune zu sein! Es ist vielmehr zunächst ein „empirisches", und zwar entweder eine „Erfahrung" oder Ueberzeugung unmittelbar aus Geboten unseres Inneren, welche unser Gewissen aequitas, ratio etc. wie eine opinio necessitatis dem Einzelnen und, soweit möglich, (soweit nämlich eine solche erkannt zu werden vermag,) überdies die allgemeine Ueberzeugung unseres Volkes als Ganzes: das Volksgewissen diktiert. — Oder aber, es ist eine Erfahrung, welche uns von außen auch noch eine Analogie, nämlich wenigstens zugleich analoge Fälle einer „Geschichte" zufolge einer allgemein gebietenden ratio des Rechtes enthüllen. — Die erste Alternative nun wird eine Anwendungsgeschichte der Form beispielsweise am reinsten zeigen bei einem neuentstehenden Volke: Sie kündet sich dann in dem Prävalieren bedeutender Personen, in der Rechtsprechung der Führer, Patriarchen, Aeltesten, Weisen des Volkes. Etwa auch bei einer ersten Besiedelung einer Colonie, oder auch bei dem erstmaligen Entstehen eines ganz neuen Rechts bei einem älteren Volke; z. B. in dem, in Rom seit dem 6. Jahrhunderte der Stadt neuentstehenden profanen jus gentium für einen Rechtsverkehr zwischen cives und Fremden (Peregrinen), in welchem sogar jeder einzelne Rechtssatz neu entsteht: hier muß ein Recht anfänglich formal rein aus dem Gewissen: aus der aequitas, der opinio necessitatis der natura überhaupt erst gebildet werden, welches höchstens andere, hier nicht unmittelbar geltende Rechte, ein jus civile etc. utiliter vergleichen könnte. — Erst später aber, wenn die Präcedenzfälle dieser ersten Anwendung gesammelt werden ꝛc., wird dieses Naturrecht auch die zweite Alternative, nämlich auch Analogieen aus dem ähnlichen, inzwischen bereits gewordenen, geschichtlich gesammelten Rechte zulassen. Dann erst kann auch eine Wissenschaft entstehen und schließlich prävalieren.

Wie innerhalb der Geschichte die Formen einer materiellen und formalen Construktion des Naturrechts sich zeigen, haben wir im Verlaufe unserer Untersuchungen schon wiederholt, soeben erst wieder am Schmerzengelde in § 7 A 1 gezeigt. Der formale Begriff und die Begriffsbestimmung des Institutes bis zur Schule ist die Domäne und Competenz des Naturrechts! Dieses abstrahiert von jeher den Begriff mittels empirischer Induktion aus den einzelnen

Digitized by Google

gegebenen Ausflüssen der Rechtsquellen. Diese formale Induktion und Erweiterung aber, welche das Schmerzengeld neuerdings wieder an der lex Aquilia bewirkt hat, läßt sich ebendeshalb geschichtlich an der actio l. Aquil. selbst aber auch in das römische Recht weiter „nach Rückwärts" zurückverfolgen! Das damnum injuria datum der Aquilia bildete sich in Rom selbst schon aus dem römischen Aushülfsdelikte der injuria überhaupt, des omne, quod non jure fit, erst heraus. Dieses selbst erforderte dolus; eine Ersatzpflicht mußte aber schon bei »culpa« eintreten; so mußte aus dem generellen Unrechte (injuria) das selbstständige Privatdelikt der Aquilia entstehen, bei welcher schon jede levissima culpa zum Ersatz verpflichtet. Schon in Rom wurde diese Aquilia alsdann wieder Schritt für Schritt erweitert! Vom damnum corpore corpori datum zur Ersatzpflicht wegen Schadens ohne körperliche That, z. B. auf Beschädigung durch Verhungernlassen von Thieren; dann auf Vermögensbeschädigung ohne Sachbeschädigung, z. B. durch Laufenlassen des Thieres; dann von der Beschädigung an Sachen auf Beschädigung des Körpers des freien Menschen ꝛc. (tit. Inst. de l. Aquil. 4, 3). Dazu treten dann erst die erwähnten neuerlichen induktiven Erweiterungen der Aquilia mittels des Schmerzengeldes innerhalb der Gegenwart! Ebenso bildeten sich ohne Zweifel schon bisher z. B. aus den, noch unbestimmten Innominatcontrakten weitere selbstständige Verträge heraus und werden sich noch solche herausbilden ꝛc. Der einzelne Rechtsfall also konnte sich so von jeher zum Rechtsinstitute, dieses wieder von der species zum genus, der einzelne Rechtssatz als Regel zum Principe, dies alles wieder zum leitenden Principe der Rechts-„Schule" ausbilden und umgekehrt. Das Naturrecht war so von jeher formal nur beschränkt durch die Schranken der Geschichte. Diese Schranken zeigen die geschichtlichen Rechtsquellen, welche mit dem Naturrechte einer Rangordnung unterstellt sind. Insoweit ist die formale Construktion des Naturrechts innerhalb der „Geschichte" von jeher dagewesen: innerhalb der „Formen" der Rechtsquellen bestand von jeher zugleich eine materielle Construktion neben der formalen der Begriffe! (§ 1, 9 II, § 5 III 2.) Zeigen wir nun in der äußeren Geschichte auch, wo denn bisher solches Naturrecht angewendet wurde!

β) Anwendung eines Naturrechts in der äußeren Geschichte. — Nach dem Bisherigen muß das Naturrecht, welches überall da Platz greift, wo noch keine positive Geschichte vorausgegangen ist, nothwendig so alt sein, als die Existenz der Menschheit und des mit ihr gebornen Rechts. Schon die Römer bezeichnen deshalb das Naturrecht als das, im Vergleiche mit ihrem jus civile »antiquius jus«, welches »cum ipso genere humano proditum«! (l. 1 pr. D 41, 1.) — Es ist bekannt, unter welch' zahllosen Namensbezeichnungen dies Naturrecht, dies Schaffen eines, zuvor noch nicht geschichtlich gegebenen Rechtes, allüberall in der Geschichte auftritt. In Rom als aequum jus, als natura und naturalis ratio. Im germanischen Mittelalter

Digitized by Google

findet sich ein Naturrecht als das Recht, welches neben den Volksrechten, Rechtsspiegeln, Statuten und Gewohnheiten einhergehend, die Weisthümer und Schöffensprüche leitete, das ungescholtene Recht; in der Neuzeit findet es sich als Vernunft der Völker, als Philosophie, unbewußt selbst innerhalb der historischen Schule noch als Natur der Sache, als innere Rechtsgründe, als wissenschaftliches, Juristen-, Volksrecht, als Analogie, Abstraktion und Consequenz; jetzt endlich als die moderne Construktion! — Ueberblicken wir nun die einzelnen wesentlichsten Erscheinungen des Naturrechts innerhalb der äußeren Geschichte desselben.

a) Das Naturrecht im römischen Rechte. — Am eifrigsten haben die, ihr Weltrecht ausbildenden Römer Naturrecht gepflegt! Der größte Theil des, selbst unserer heutigen „historischen" Schule als hehres Vorbild vorschwebenden römischen Rechts war ja nichts anderes, als ein, gerade von dieser Schule so fanatisch bekämpftes „Naturrecht"! Dies Naturrecht ihres jus gentium, nicht ihr historisches jus civile, war es auch, welches das römische Recht, infolge richtigen Maßhaltens bei dessen Anwendung (§ 1, 5 I), durch Beachtung der positiven Schranken der Rechtsquellen, zum Weltrecht emporhob! Seine reiche Anwendung aber erklärt sich auch dort, wie überall, durch den Mangel eines geschichtlichen Rechts in folgender, schon (in § 3 II S. 277 ff., § 4 S. 463 ff. ꝛc.) gestreifter Weise, zu deren näherem Nachweise einfach auf des Verf. Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio 1884 § 15—17 S. 175 ff. verwiesen wird. — In den antiken Staaten bestand kein territoriales Recht für den persönlichen Rechtsverkehr der, in Rom sich aufhaltenden verschiedenen Volksabstammungen. Für Peregrinen der werdenden Weltstadt Roms vielmehr, für alle Angehörigen des römischen Reiches: anfangs außerhalb der Stadt Rom, dann außerhalb Italiens: für Nicht-cives war, zufolge des antiken Principes der persönlichen Rechte, ein persönlicher Rechtsverkehr ursprünglich nur mit dem eigenen Stammesgenossen möglich! So konnte der civis der „Stadt" Rom nur wieder mit cives nach jus civile durch mancipatio und in jure cessio etc. Verträge schließen, jeder Nicht-civis aber und jeder Angehörige einer civitas der Provinz nur mit diesen nach dem persönlichen Stammesrechte seiner civitas: ein commercium zwischen cives und Fremden bestand nicht! Daher bestand anfänglich, die Vermittlung durch jus sacrum mittels Priesterrechtspflege, Völkerbündnisse ꝛc. etwa abgerechnet, zwischen den verschiedenen Stammesangehörigen des römischen Staates wohl nur ein dinglicher Verkehr mittels res, ein res repetere: der Schutz des Erwerbes des Fremdeneigenthums der possessio, welcher ohne bindenden, eigentlich maßgebenden Vertrag vor sich ging, und vielleicht Realcontrakte des Kaufes, Tausches, deren fait accompli dann durch dingliche Klagen geschützt werden konnte. Eine Verpflichtung und Exekution gegen die Person des Fremden aber gab es nicht; der ganze Verkehr hatte so nur einen faktischen, dinglichen und negativen Charakter. Deshalb

Digitized by Google

bildete sich im 6. Jahrhunderte der Stadt in Rom für persönliche Verpflichtungen völlig neu ein gemeines oder gemeinsames, positives Verkehrsrecht zwischen Fremden unter sich und mit römischen cives, welches dann auch die cives selbst als duplex jus (Gajus I § 1, II § 40 ꝛc.), als freieres leichteres Verkehrsrecht unter sich, neben und statt ihrer schwerfälligen civilen mancipatio etc. benützten: Dies war das römische jus gentium! Im Jahre der Stadt 507 wurde ein eigener praetor peregrinus, wohl um jene Zeit auch judicia (Geschworene) für Rechtsstreitigkeiten zwischen cives und Peregrinen geschaffen; dieser praetor erließ zwar Edikte, diese wurden zwar später wissenschaftlich commentiert; die lex des populus aber zwang ursprünglich den Fremden noch nicht, denn diese galt anfänglich blos für Quiriten und cives; erst später, in der Kaiserzeit besorgte der Senat mittels senatus consulta infolge neuer kaiserlicher Organisationen die Gesetzgebung auch für die Provinz ꝛc. — — Folge aber des anfänglicheen Mangels jeder „Geschichte" für dies neuzubildende jus gentium war, daß es einzig aus natura und naturalis ratio, nach heutigen Begriffen: aus „Naturrecht" gebildet werden konnte! Diese Quelle gab diesem neuen Verkehrsrechte jetzt nicht nur Gepräge und Inhalt, sondern auch seinen Namen; man identificierte jetzt sogar das Produkt, dieses gemeinschaftliche jus gentium, mit seiner hauptsächlichsten Quelle, mit natura, und nannte es naturale jus! So überwiegend somit war anfänglich bei dieser „Neubildung" eines ganzen Rechts infolge des Mangels jedes vorausgehenden geschichtlichen Rechts die Anwendung des geistig neuschaffenden Naturrechts, daß man damals noch gar nicht wahrnahm, wie dies Recht nicht blos Naturrecht sein und bleiben konnte, weil doch von Anfang an schon sog. fixe Rechtsbestandtheile bestehen, von welchen die Römer später selbst erkannten, daß sie der natura zuwider seien; z. B. die Sklaverei, Zeitbestimmungen ꝛc., welche nie durch Naturrecht allein geregelt werden konnten (§ 6 S. 561). Noch im 2. Jahrhunderte nach Christus, zur Zeit eines Gajus, dann eines Modestin, Paulus aber war dies jus naturale und gentium, im Sprachgebrauche wenigstens, identisch. Erst, als die edicta des praetor peregrinus in Rom, die edicta provincialia, die Gesetze des Senates für die Provinz seit der Kaiserzeit, die Commentare der Juristen, (ein solcher Provincialjurist war ja nach Mommsen Gajus selbst) dies frühere jus naturale längst zu einem, mehr geschichtlichen, gesetzlichen und gewohnheitsrechtlichen wie Präjudizienrechte fixiert hatten, erst dann mußte auch die römische Jurisprudenz mehr und mehr wahrnehmen, daß doch kein Recht aus Naturrecht allein ohne geschichtliches Recht bestehen könne, sowenig etwa der Mensch aus Geist allein ohne Körper existiert, ja daß das Naturrecht schon mit einem einmaligen Aussprechen als vorbildliches praecedens und Präjudiz die Form eines Geschehenen oder einer Geschichte, nicht mehr blos den Charakter eines Vernunftgrundes (natura), annahm! So vollzog sich, wenn auch erst zur Zeit eines Tryphonin (um 211 n. Chr.),



Digitized by Google

eines Ulpian († 228), eines Hermogenian (um 365), statt der Zweitheilung des Rechts in jus civile und gentium = naturale, endlich eine Dreitheilung in ein jus 1. civile, 2. gentium und 3. naturale, von welchen jetzt die beiden ersten als anderes (geschichtliches) Recht erkannt wurden; vom jus gentium sagt jetzt erst Ulpian: »quod a naturali recedere, facile intelligere licet. Dies jus naturale aber wurde jetzt durch Ulpian selbst als ein philosophisches Recht, nur höchst roh definiert, als: jus, quod natura omnia animalia docuit, (z. B. maris atque foeminae conjunctio, liberorum procreatio et educatio: videmus-feras etiam istius juris peritia conseri, v. l. 1 § 3 und 4 D 1, 1). So konnte in der That infolge solcher Auffassung des, alles Recht geistig belebenden Naturrechts allein schon auch eine römische Jurisprudenz verfallen! — — Hier aber haben wir im classischen Rom das größte Recht der Culturwelt vor uns, ein ganzes Recht, welches sich zumeist aus Naturrecht, aus natura, naturalis ratio, aequitas der Prätoren herausbildete, dann mit seinen Contrakten des jus gentium, seinen Real-, Verbal-, Litteral- und Consensualcontrakten (Gajus III § 88 ff.) aus dem jus gentium mehr und mehr, wieder durch Vermittlung der Prätoren, auch sogar in das jus civile selbst überging; so zwar, daß die Compilation Justinians: das corpus juris, an eigentlicher substantia, wie sich Justinian ausdrückt (cf. c 1 C 7, 31 mit c 1 C 7, 25), von dem alten jus civile der XII Tafeln und ex jure Quiritium nur sehr wenig materielle Produkte mehr enthält. Nur die einzelnen Namen aus den früheren Doppelrechten jus civile und jus gentium sind noch erhalten geblieben; wie usucapio neben praescriptio, dominium neben possessio, legatum neben fideicommissum, patrimonium neben bona etc. Sachlich ist aber das Recht des jus gentium, dies aus Naturrecht herausgebildete Recht, der eigentliche Inhalt der Justinianischen Compilation geworden. Und damit haben wir den Beweis, daß es ein Naturrecht war, welches hauptsächlich das uns überlieferte classische römische Recht, das beste der bisherigen Culturwelt, schuf!

b) Ohne uns jetzt weiter bei Zwischenperioden aufzuhalten, verfolgen wir sofort das Ueberwuchern des Naturrechts nach der Reception des römischen Rechts bei uns in Deutschland! — Nach dem 16. Jahrhundert waren eben da die einseitigen Naturrechtsschulen aufgetaucht. Deren Einseitigkeit konnte selbst durch die Mißverständnisse des römischen Rechts gefördert worden sein. Wie soeben gezeigt, verwechselten ja die Römer selbst in ihrem Sprachgebrauche bis auf Gajus, Modestin und Paulus herab noch ihr eigenes, längst zum geschichtlichen Rechte gewordene jus gentium, den wesentlichen Inhalt der späteren Justinianischen Compilation, mit einem Naturrechte; während doch alles Recht nur aus Geist und Körper, Naturrecht und Geschichte zugleich bestehen kann! Dies mochte auch unsere Naturrechtsschulen zu ihrem Irrthume entweder verleitet oder in ihm bestärkt haben, daß die Vernunft des Naturrechts die alleinig entscheidende

Digitized by Google

Rechtsquelle sei! Dies nun aber war damals seit dem 16. Jahrhunderte unter der Herrschaft der Naturrechtsschulen: — 1. theils eine nothwendig falsche Begründung, 2. theils konnte es, sobald diese Naturrechtsutopie auch im Civilrechte, (wie später im Staatsrechte in der französischen Revolution und jetzt bei uns, im theils staats-, theils privatrechtlichen Socialismus, Communismus und der Anarchie,) in eine That hätte übersetzt werden wollen, civilrechtlich geradezu eine Verletzung aller wohlerworbenen Privatrechte werden!

Zu 1. Vor allem nun war dies Naturrecht wenigstens eine falsche Begründung des, zur Zeit seiner Entstehung mit Recht geltenden praktischen Rechts, des mos Italicus wie unseres deutschen usus modernus pandectarum! Dieser enthielt damals zumeist römisches Recht. Schon für die Römer selbst nun war die Bezeichnung ihres tonangebenden, längst geschichtlich gewordenen jus gentium bis auf Gajus und Paulus herab, wie soeben gezeigt, eine falsche. Schon bei ihnen war dies frühere Naturrecht mit der schriftlichen Aufzeichnung der responsa und quaestiones als geschichtliches praecedens, dann durch die fixierenden prätorischen Edikte, durch das jus respondendi, durch Gewohnheitsrecht und Gesetzgebung der Kaiserzeit, längst „geschichtliches" Recht geworden. Umsomehr für uns in Deutschland, nachdem es durch Justinian codificiert und für uns wenigstens als Praxis mit fundata intentio und als Gewohnheitsrecht zu achten war. Von da an war es also ungerechtfertigt, wenn die deutschen Naturrechtslehrer seit dem 16. Jahrhunderte all' dies geltende Recht, vor allem das römische, als Naturrecht bezeichneten, welches wie Naturrecht durch bloße vermeintlich bessere Vernunftgründe beseitigt werden konnte. Ebenso war es ja wenigstens eine falsche Begründung, wenn diese Naturrechtslehrer damals die heimischen Neubildungen des Rechtslebens und der Praxis neben dem römischen Rechte von der Art des § 2 I 2 als bloßes Naturrecht begründeten. Das war wieder großentheils eine Verkennung eines wirklich geschichtlichen, gewohnheitsrechtlichen und zum Theil gesetzlichen Rechtes. Beides war eine falsche Begründung, welche aber nichtsdestoweniger im materiellen Resultate aus geschichtlichen Gründen immerhin wirkliches Recht zeigte. Beispiele einer solch' falschen Begründung eines materiell wohlbegründeten geschichtlichen Rechts bei uns noch aus den letzten Jahrhunderten sind etwa folgende. — Die heutige Injurie (§ 2 IV 1) bezeichneten die Naturrechtsschulen aus bloßen „Vernunftgründen" schon als eine zum Theil andere, als die römische generalis injuria. Dies erscheint als eine falsche Begründung der heutigen Injurie! Diese nämlich, wie die römische contumelia, ist als Beleidigung nur ein einzelnes geschichtliches Reat des römischen Aushilfedelikts der injuria, des omne, quod non jure fit, gewesen. Die richtigere Begründung der heutigen Injurie wäre also gewesen, daß sie eben „geschichtlich" etwas anders ist, als die antike injuria. Materiell, im Resultate aber umgekehrt, war es ganz correkt, daß die Naturrechtslehrer



Digitized by Google

dieses besondere selbstständig gewordene Delikt nicht mehr mit dem antiken generellen Aushülfsdelikte injuria identificierten! Dies war so beispielsweise der, nur theoretische Fehler der Schrift des Naturrechtsanhängers Weber über Injurien, welche während des gemeinrechtlichen Bestehens der inj. act. aestimatoria noch in unserem Jahrhunderte die gemeinrechtliche Praxis beherrschte. Ihre Begründung der modernen Injurie durch Naturrecht war allerdings falsch; ihre Beschränkung derselben aber auf den, geschichtlich heutzutage lebenden Begriff einer bloßen Beleidigung war eine geschichtlich wohl berechtigte und praktisch sehr wohlthätige, damit unsere Historiker nicht jedes Delikt (omne, quod non jure fit) grundlos als Beleidigung erklärten! (§ 2 IV 1). — Ebenso war es ohne Zweifel eine falsche Begründung des heutigen Besitzrechtes des Detentor durch die, (in der berühmten 1. Note S. 1 von Savigny's Recht des Besitzes erwähnten) Sibeth und Leyser, wenn diese als Anhänger des Naturrechts dieses heutige Besitzrecht unzweifelhaft naturrechtlich allein begründet haben werden; dahin, daß die „Vernunft" gebiete, dies Recht von der römischen possessio unabhängig zu construieren. Denn dies von ihnen nur durch Vernunft begründete Besitzrecht war längst in Einzelnheiten durch die Gesetzgebung des Lehens-, canonischen ꝛc. Rechts, wie durch Gewohnheitsrecht geschichtlich und erst in der weiteren analogen Ausdehnung durch Naturrecht begründet. Materiell aber war ihre Anschauung nichtsdestoweniger vollständig correkt, daß man in solchen Detentionsfällen ein Urtheil nur nach eigener „Ueberzeugung", d. i. nur nach inneren Rechtsgründen des Juristenrechts erlassen könne, und blos darauf zu sehen habe, „ob jemand ein Recht zum Besitz überhaupt habe": Denn dies war eben ein Ausdruck eines unbewußten Gewohnheitsrechts und einer naturrechtlichen ratio; dies Gewohnheitsrechtsinstitut des Besitzes des Detentor mußte eben, weil gewohnheitsrechtlich nur das nackte Institut feststand, in seiner Casuistik auch wissenschaftlich bewußt erst aus Juristen- oder Naturrecht gefunden, construiert werden! (§ 2 IV II). Denn sachlich, wenn man das Besitzrecht nicht anerkannte, wäre der größte Theil des heimischen Grundbesitzes von Haus und Hof zu jagen gewesen (§ 4 A). — —

Zu 2. Theils wäre diese unbedingte Anwendung von Naturrecht an Stelle allen geschichtlichen Rechts aber geradezu eine Rechtsverletzung gewesen! Eine solche wäre es jedenfalls gewesen, wenn ein einzelner Naturrechtsanhänger alles gegebene Recht, Verjährung, Ersitzung, Kirchenbaulasten, Eigenthum, Obligationen, Erbrecht, Todesstrafe ꝛc. deshalb allein aufgehoben wissen wollte, weil diese Rechte alle eben seinem subjektiven Geschmacke: seiner Vernunft widerstrebten. Glücklicherweise werden dem Einzelnen darin, selbst früher schon, die übrigen Anhänger des Naturrechts (abgesehen von modernen Communisten, Anarchisten ꝛc.) deshalb nicht beigestimmt haben, weil sie diese unwillkürlichen Rechte dennoch gleichfalls für vernünftig hielten. Hätten sie ihm aber beigestimmt, so wäre dies eben geradezu eine

Digitized by Google

Rechtsverletzung, zugleich wohlerworbener Rechte, gewesen, soweit es sich um Privatrechte handelte! Denn hier gehen erfahrungsgemäß nach einer regelmäßigen unwillkürlich lebenden Weltordnung die geschichtlichen Rechtsquellen des Gesetzes und Gewohnheitsrechtes der Rechtsquelle des Natur- oder Juristenrechts vor! Diese unwillkürliche Weltordnung aber wird wohl auch in Zukunft bestehen, und kann nur vielleicht vorübergehend unter enormer Schädigung Aller anarchisch gestört werden, ohne daß sich die Störung dauernd zu erhalten vermag! — — In ähnlicher Weise somit mußte überhaupt das Resultat der Naturrechtsschulen seit dem 16. Jahrhunderte *geschichtlich*: bald nur eine falsche *Begründung*, materiell aber sehr wohlberechtigt, bald aber, wie namentlich in den modernen Socialfragen, geradezu *rechtverletzend* werden können! — —

Schon früher übrigens suchte sich deshalb auch selbst bereits eine unbewußte Praxis infolge ihres theilweise geschichtlichen Inhaltes von dem doktrinären Extreme der Naturrechtsschule sichtbar abzusondern! Wer Urtheile und Schriften aus der Zeit der Herrschaft der Naturrechtsschule durchmustert, wird bereits folgendes finden. Manche Praktiker von damals schon motivierten die geschichtlichen Neubildungen unserer Praxis von der Art des § 2 I 2 keineswegs etwa stets damit, daß diese Neubildungen durch „Naturrecht" begründet seien; sondern häufig auch schon *einzig* damit, daß sie eben heutzutage „*praktisch*", praktisches Recht seien oder in der *Praxis* gelten. Dies war nun zwar auch noch ein unbewußtes, ungenügendes Umschreiben; denn die Praxis ist keine Rechtsquelle; diese Juristen also wußten noch immer zwar die positiven Rechtsquellen nicht klarbewußt und exakt anzugeben, zufolge deren sie dieses ihr praktisches Recht in der That als allein positives bezeichnen durften. Aber es war dies immerhin wenigstens zum Theil ein Versuch, diese in der Praxis geltenden Rechte anders zu bezeichnen, als mit der vermeintlichen Rechtsquelle des Naturrechts; denn dessen Gründe allein würden das, früher zu Recht bestehende geschichtliche römische ꝛc. Recht in der That nicht zu beseitigen im Stande gewesen sein!

Bewußter und correkt dürften sich hienach ebendeshalb heutzutage für die Darlegung des Verhältnisses unseres allein positiven lebenden und praktischen Rechts zur früheren Naturrechtsschule empirisch, in der lebenden Geschichte, drei Fälle ausscheiden lassen. — — Es gibt *erstens* Fälle, in welchen dies unser praktisches Civilrecht, in der Praxis wie in der historischen Schule gleichmäßig, *einem Naturrechte* im materiellen Resultate wie in der formalen Begründung diametral *gegenübersteht*. So in all' denjenigen Fällen des römischen und überlieferten Rechts, in welchen dieses noch in der heutigen Uebung (als Gewohnheitsrecht ꝛc.) fortlebt und gilt. Z. B. bei den fortgeltenden Bestimmungen des römischen und sonst überlieferten Rechts über Verjährung, Servituten, Obligationen, Kirchenbaulasten ꝛc ꝛc. Von diesen Fällen also dürfen wir nicht, mit der Naturrechtsschule, aus

Digitized by Google

dem aprioristischen Grunde allein schon abweichen, daß diese Fälle den subjektiven Anforderungen unserer „Vernunft" nicht entsprechen. Hier ist das römische ꝛc. Recht Gewohnheitsrecht, diesem aber steht regelmäßig die Rechtsquelle des Naturrechts nach. (§ 6 II B b.) — — Zweitens, in andern Fällen folgt das praktische und positive Recht zwar in der formalen Begründung der historischen Schule, in dem materiellen Resultate aber der Naturrechtsschule. Wir dürfen nämlich diese Fälle zwar nicht mit der Naturrechtsschule durch Vernunft, Billigkeit, kurz durch Naturrecht allein „begründen" wollen, sondern nur, mit der historischen Schule, allein entscheidend durch Geschichte: nämlich durch Gesetz und Gewohnheitsrecht ꝛc. Im „Resultate" aber treffen wir dessenungeachtet nicht mit der historischen, sondern mit der Naturrechtsschule zusammen: weil in der That eine „andere Geschichte" die vergangene aufgehoben hat. Dies sind u. a. die soeben, noch unter b I angeführten Beispiele der modernen Injurie wie des Besitzrechts des Detentor und wohl zumeist die Beispiele des § 2 I 2. — — Drittens endlich, in andern Fällen fällt das Naturrecht in der formalen Begründung sowohl als in dem materiellen Resultate mit dem praktischen und jedem positiven Rechte auch geschichtlich von jeher zusammen, (abgesehen etwa von dem Unterschiede der, nicht aprioristischen, sondern empirischen Methode des praktischen und positiven Rechts unter § 7 A 1); niemals aber fällt es hier mit einem vermeintlichen Rechte der gesammten Vergangenheit der historischen Schule zusammen! Es sind dies die Fälle von geschichtlichen Neubildungen von der Art des § 2 I 2, in welchen entweder von Anfang an noch überhaupt kein Recht bestand, (Handelsrechtsbestimmungen, Rechte der Eisenbahnen, der Telegraphen, der Velocipede), oder nur ein vergangenes oder fremdes Recht bestand, welches für uns nie positives Recht war. Z. B. vorjustinianisches, nicht glossiertes Recht, auswärtiges Recht einer vergleichenden Rechtswissenschaft überhaupt. — Dies die geschichtliche begrenzte Anwendung des Naturrechts seit der Reception des römischen Rechts in Deutschland! —

c) Nun die, schon berührte, fortwährende unbewußte Anwendung eines Naturrechts durch die historische Schule selbst, trotz dessen theoretischen Verkennens durch die letztere! Hier bewährt sich eben an der historischen Schule selbst fortwährend das »naturam expelles furca, tamen usque redibit! — Principiell schon nimmt die historische Schule an, daß alles positive Recht wenigstens seinen letzten Geltungsgrund, seinen Uranfang nur in der Vernunft der Völker als ihrer „letzten Quelle" haben könne! Damit schon gibt sie für die Entstehungsperioden des Rechts selbst mit Ungrund ihr ganzes Schulprincip überhaupt preis und flüchtet sie fahnenflüchtig in das entgegengesetzte Lager der Naturrechtsschulen! Wir haben diesen einen Satz bereits oben S. 339 ff. widerlegt. Nicht sofort sichtbar mag das Geschehen der Geschichte, das Verkörpern dem Auge des Laien sein, wenn der erste Richter zu Gericht sitzt.

Digitized by Google

Aber ohne Verkörperung des Rechts kein „Leben" und Gelten; das Recht lebt nur mit Geist und Körper, und nur, wenn sich diese beiden vermählen, ähnlich etwa, wie in der Mosai'schen Schöpfungsgeschichte der Körper aus Lehm erst lebt, wenn sich mit ihm der Geist vermählt! — — Ebenso basiert principiell, wie zum Theil schon erwähnt, die historische Schule auch sonst vielfach auf Naturrecht. Savigny (Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. I S. 4) und Puchta (Curs. I § 1) beispielsweise basieren alles positive Recht auf Freiheit und Nothwendigkeit zugleich. Eine solche Freiheit kann aber nur Naturrecht sein: Könnte ein Rechtszwang zur „alleinigen" Anwendung eines bereits „geschichtlich" gegebenen Gesetzes oder Gewohnheitsrechtes, könnte eine solche Nothwendigkeit noch Freiheit sein? Wo bliebe eine Freiheit der Entscheidung, sobald Exekution nur infolge eines Zwangs vorläge, bereits geschehenes Recht anzuwenden? Wenn also doch ein Recht besteht, welches wenigstens vom Urtheilenden und Juristen nach Freiheit, nach freier Wahl einer inneren Ueberzeugung, erst gefunden wird, wie sollte alles Recht blos ein „geschichtlich" bindendes sein können? Savigny selbst bezeichnet l. c. das so entstandene Naturrecht weiter ganz treffend als ein, von der höheren „Natur" des Volkes, als eines stets werdenden, sich entwickelnden Ganzen, ausgegangenes! Er gesteht also hier wieder in unbewachten Momenten selbst, daß er sich so nicht ganz mit seinem Schulprincipe vom bloßen Gelten einer vergangenen Geschichte abzufinden weiß, daß er somit selbst Naturrecht anwendet! Ebenso beruht nach Savigny, (Beruf, 3. Aufl. S. 8), alles geschichtliche Recht auf der gemeinsamen „Ueberzeugung" des Volkes. Wie zu § 7 A 1 bemerkt, ist aber jede Ueberzeugung: Geist, also Naturrecht des Volkes. Nichts anderes als ein Naturrecht, oder geistiges Schaffen von Recht ist ferner die Schilderung der dritten Rechtsquelle des Juristenrechts durch den, wohl infolge väterlichen Einflusses mehr, als die sonstige historische Schule, mit der Praxis vertrauten Puchta. Er bezeichnet nebenbei dieses, von ihm sog. „Recht der Wissenschaft" als produktive Thätigkeit, und erläutert dies (Pand. § 16 mit Vorlesungen) dahin, daß man dies Recht ebensogut „Recht der Praxis" nennen könne; er ziehe nur den Ausdruck: Recht der Wissenschaft vor, weil das Recht der Praxis, außer diesem letzteren Rechte, auch Gewohnheitsrecht enthalte. Dieses nämliche Juristenrecht dieses Naturrechts adoptiert aber auch die übrige historische Schule von jeher als Rechtsquelle; (vgl. indessen die folg. Ziff. 3). Endlich wurden einzelne flüssige Rechtsbestandtheile (§ 6 II B c 2 α) auch von der historischen Schule von jeher anerkannt; namentlich von Puchta's Gewohnheitsrecht: „höhere Rechtsprincipien", welche er selbst einem Princip der „Rationalität" (deutlicher gesagt: einem Naturrecht) unterliegen läßt. Auch diese sind rein geistiger Natur, weil sie sich an die Geschichte nicht binden, sondern diese sogar beseitigen: z. B. die Aufhebung der früher „geschichtlichen" Sklaverei durch Naturrecht allein ꝛc. — Ebenso hat namentlich das deutsche Privatrecht der historischen Schule mit

Digitized by Google

der Praxis stets reichlichst zugleich Naturrecht angewandt: und dies unbewußt und nothgedrungen aus einem sehr einfachen Grunde! Schon für die, im römischen Recht construierten Institute reicht die überlieferte Casuistik im vielgestalteten Leben der Praxis immer noch nicht aus! Noch viel mehr aber ist dies selbstverständlich der Fall bei unseren Neubildungen des germanischen und heutig praktischen Rechts. Da stehen zwar einzelne Rechtssätze, (wie im Schmerzengeld der Rechtssatz der C. C. C. art. 20 und 21), oder auch ganze Institute, (wie Erbverträge, Reallasten, Paternitäts- und Defloration sklagen) geschichtlich durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht fest; alles Uebrige aber, Begriffe wie Casuistik, ist noch nicht durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht, also noch nicht geschichtlich feststehend. Da erübrigt also nichts, als, wie gesagt, den Begriff und die Casuistik über Entstehung, Untergang, Subjekt, Eigenschaften, Voraussetzungen, Verjährung, Klagenconcurrenz, Einreden ꝛc. aus geistiger Arbeit, mittels Analogie, Abstraktionen, Billigkeit, Natur der Sache, ratio neuerdings zu construieren. Dies also ist nicht: gegebene Geschichte, sondern geistesschaffendes Naturrecht! So sehen wir aber, wie erwähnt, bereits Eichhorn in seiner bekannten Abhandlung „über das geschichtliche Studium des Rechts" mitten in der Zeitschr. Savigny's für geschichtliche Rechtswissenschaft, 1815, Bd. I. S. 131 und 127 ff. zu dem offenen Geständnisse gezwungen, wie er in seinem Deutschen Privatrechte: zu Runde's „Natur der Sache" zurückgreifen müsse. Was ist diese? Vergleicht man Runde's Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechtes, (6. Aufl., 1821, § 80 Ziff. 3, dessen 1. Aufl. 1791 erschienen ist), so ist diese „Natur der Sache" nach dessen eigenen Worten nur das Folgende: „was in Ermanglung positiver gemeiner deutscher Rechte aus der Natur der Sache ꝛc. richtig gefolgert werden kann, ist ebenfalls so gemeingültig und geltend, als die gesunde „Vernunft", und hat bei Entscheidung der Streitigkeiten, wie andere Grundsätze eines hypothetischen „Vernunftrechtes" in jedem Falle Anwendung, wo es an positiven Begriffen fehlt". Auch Gerber, (das wissenschaftl. Princip des g. d. Privatrechtes, 1846, S. 60 f.) erkennt an, daß Runde hier nichts anderes, als „Naturrecht" wollte! Nahezu komisch wirkt also die vertuschende Tendenz, wenn Eichhorn in Sav. Zeitschr. I. S. 131, geneckt und gedreht von seinem Kobold Ariel, beschönigend beifügt: Der Weg zur Bestimmung dieses „Vernunftrechtes" sei nur von dem „historischen" Standpunkte aus möglich! Denn Vernunftrecht ist ja begrifflich schon Naturrecht! Er selbst gesteht also, daß sein vermeintlich historisches Recht ein Naturrecht ist. Und mit Grund, denn jede lebende Geschichte zeigt, daß Geist neben Körper, Naturrecht neben geschichtlichem gilt! Treffend gesteht also schon Gerber (academische Rede S. 20 allegiert S. 353 oben): „Die Natur des Rechts fordere noch eine andere Behandlung, als die historische"! Ebenso ist ja die ganze Construktion Gerber's und Ihering's nichts, als eine organische Verbindung des Naturrechts

Digitized by Google

mit gegebener fester Geschichte, wie der Bau des Menschen eine organische Verbindung von „Geist" und Körper ist! (§ 5 III 2 mit § 6 I a und b). Und dies reale Naturrecht fordern eben jetzt auch bereits neueste Anerkenntnisse!

Aus diesen Gründen hat nicht blos der unmaßgebliche Verfasser seit seinen Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio, 1884 § 14 S. 168 ff. bereits offen dargelegt, daß die historische Schule selbst von jeher eine positive Rechtsquelle des Naturrechts neben den geschichtlichen Rechtsquellen des Gesetzes und Gewohnheitsrechtes angewendet, sondern auch bedeutende vorurtheilslose Juristen unserer Doktrin erkennen dies seitdem bereits offen an. So vor allem beispielsweise Dernburg, (Pand. § 17). Derselbe besagt treffend: Der Einfluß der naturrechtlichen Schule war zurückgedrängt, aber nicht gebrochen. Die Gegensätze sind nicht unversöhnliche. Zwei Richtungen müssen sich ergänzen. Ebenso bemerkt E. J. Bekker, Syst. des heut. Pandektenrechtes, 1886, I § 16 S. 39—40 Beil. I und besonders in seiner Schrift über den Streit der historischen und philosophischen Rechtsschule, akademische Rede, Heidelberg 1886, S. 19 und 20 gewiß treffend: Die ganze Art und Weise der Arbeit Savigny's bleibt überwiegend deduktiv aufgebaut, auf Gedanken, welche Kinder der Naturrechtslehre sind. Ebenda spricht Bekker auch von einem, im wesentlichen naturrechtlichen Aufbau des Besitzrechts Savigny's, (auch oben § 2, IV, II haben wir ja diesen aprioristischen Aufbau zu zeigen versucht), und von einer Anwendung eines Naturrechts durch die meisten und bekanntesten Theoretiker! Endlich gibt Bekker (Ernst und Scherz, 1892, S. 102, 150), selbst zu, daß eine Zeit, welche Recht finden müsse, wohl auch Naturrecht anwenden müsse. — Auch schon der Historiker Stinzing endlich hat (in seiner Schrift: Savigny, ein Beitrag zu seiner Würdigung, Berlin, Reimer 1862, S. 47 ff. 52 ff.) bemerkt, daß die Naturrechts- und historische Schule nur der Anspruch auf „ausschließliche" Herrschaft oder mindestens auf höhere Berechtigung in Conflikt brachte; daß eine Zeit kam, in der bei den Juristen der Einfluß Hegel's mächtiger ward, als der Savigny's. Und soeben, während des Druckes dieses Werkes betont noch Bechmann in seiner Rektoratsrede, (Beil. zur M. allgem. Ztg. vom 20. Dezember 1894 S. 4 f.), daß er einer reformatorischen Kraft harre, gesalbt mit einem reichlichen Tropfen philosophischen Oeles! — Aus diesen Thatsachen ergibt sich wohl zur Genüge, wie die bisherige historische Schule selbst von jeher ein Naturrecht, und zwar selbst als Rechtsquelle, ebenso, zum Theil mehr noch, wie die von ihr als vermeintliches bloßes Naturrecht anfänglich angefeindete Praxis, anwendet; anfänglich unbewußt, mehr und mehr aber bewußt, bis sie eben dadurch selbst, thatsächlich wenigstens, zu einer andern Schule geworden, zu einer Schule eines lebenden praktischeren Rechts, welche Geschichte mit Naturrecht suo loco vermählt! — Dies die jüngste Geschichte des Naturrechts!

Digitized by Google

3. Der Einwand und die präjudizielle Vorfrage der Uebergangsperiode, daß das Juristenrecht, und damit das Naturrecht überhaupt, keine selbstständige Rechtsquelle sei. — Die ältere historische Schule leugnete zwar theoretisch das Gelten des Naturrechts neben einer vergangenen Geschichte, führte aber u. a. schon in ihrem sogenannten Juristen- oder wissenschaftlichen Rechte, wie soeben gezeigt, fortwährend Naturrecht durch eine Hinterthüre in das Recht ein! Noch mehr solches Naturrecht führte nun die Uebergangsperiode unserer Jurisprudenz seit Windscheid mit dem Präjudize ein; denn dies besteht hauptsächlich aus Gewohnheits- und ergänzendem Naturrechte! Während nun aber die ältere historische Schule, — ein Savigny (System I Cap. 3 Ueberschr. S. 66, mit § 19 S. 85 f. und 89) und Puchta (Pand. § 16), — wie gezeigt, noch diesen Widerspruch ihres Thuns mit ihrem Schulprincipe unbeanstandet passieren ließ und sich eben in die Thatsache wenigstens fügte, daß der mechanisch fortfungierende Körper der vergangenen Geschichte nicht allein, sondern daß auch der Geist Recht erzeuge, ward dieser Widerspruch unserer Uebergangsjurisprudenz denn doch zu bedenklich! Was that dieselbe? Sie konnte die Anwendung des Juristenrechts, des Geisteswirkens nicht leugnen und nicht verhindern; denn damit hätte sie jede Wissenschaft beseitigt; aber sie leugnete jetzt, daß dies eine „Rechtsquelle" sei: — Ein ungemein schlaues Mittel; doch aber allzuschlau und, von allzu biblischer Einfachheit: Wenn Dich Dein Fuß, Deine Hand, — Dein Naturrecht — ärgert, so haue sie ab: Gleichviel, ob dann Dein Recht „ohne Hand und Fuß", ohne Naturrecht noch Dienste zu leisten vermag! Sie nahm eben diese Dienste an, erklärte aber einfach: Das sind gar keine Dienste! Es ist dies das Werk desselben Windscheid, welcher, J. A. Seuffert copierend, das praktische Recht durch Aufnahme des Präjudizes thatsächlich in unserer Doktrin zum Siege gebracht, wegen Unkenntnis der Gründe oder Schule des praktischen Rechts es aber im Schwanken zwischen einer historischen und praktischen Schule zur wahren Virtuosität gebracht hat. Er sucht so der beißenden Meute der Clique der historischen Schule fortwährend Concessionen zu machen oder Sand in die Augen zu streuen! (§ 3 II B, 3 und IV 4): Als ob das Recht ein Tausch- und Handelsobjekt mit der historischen Schule, und nicht vielmehr unwillkürlich, reale Wirklichkeit sei, welche nur entweder erkannt oder verkannt werden muß! In der Wirklichkeit ist das, durch Juristen- oder geistiges Naturrecht neu geschaffene Recht da und neues Recht laut Augenscheines. Diese Uebergangsjuristen aber sagen jetzt: Nein, es ist kein Recht! Ihr Grundsatz ist also: si fecisti nega! — In seinem Grunde fällt nun dieser Einwand schon mit der allgemeinen Grundfrage in § 6 I a zusammen: Gibt es, selbst mechanisch theilbar, neben der Geschichte nicht auch Naturrecht, neben dem Körper nicht auch einen Geist im Leben des Rechts, wie im Leben des Menschen? Diese allgemeinen Gründe sind also von dort auch hieher zu verweisen!

Digitized by Google

Was Windscheid (Pand. 6. Aufl. § 16 Note 8) noch an besonderen Gründen beifügt, ist folgendes: „Was die Juristen in dieser Weise „finden, ist kein neu erzeugtes Recht; es war schon früher vor„handen; es ist nur aufgedeckt worden. Ob es aber wirkliches Recht „ist, hängt lediglich von der Richtigkeit dieser Operation ab, und „darüber steht jedem folgenden Juristen und namentlich jedem Richter „ein freies Urtheil zu." Es bietet somit zwei Gegengründe: a) Das, im wissenschaftlichen Rechte und Präjudiz enthaltene neue Recht ist kein neues Recht, es ist nur aufgedeckt! Wohl auch ein Opfer des Intellekts, dargebracht der „Tendenz" der theoretischen Alleinherrschaft der historischen Schule, daß das Leben des Rechts aus dem mechanischen Körper nun einmal allein ohne Geist und Geistesschaffen eine neue Geschichte erzeuge! Mit gleichem Grunde ist Windscheid bei seiner Geburt nur aufgedeckt, gar kein neuer Mensch! Sowenig, wie neues Handels-, Eisenbahn-, Telegraphen-, Telephon-Recht, welches innere Gründe construieren! Auch das aber, was zuvor wirklich blos „nicht aufgedeckt", nicht erkannt war, war zwar absolut da: d. i. für einen allwissenden, vorausseheuden Gott; aber nicht für uns arme Menschen, als menschliches Recht: Denn des Menschen Recht ist das Produkt schwerer Arbeit, welche eben im Aufdecken der neu sich erzeugenden Ausflüsse der Rechtsquellen hauptsächlich besteht (§ 5 a. A.). So ergeht es dem Menschen nicht blos außerhalb des Rechts; z. B. ein verlorner Ring, ein noch nicht aufgedeckter Schatz, ein verborgenes Kohlen-, Goldbergwerk ist da: für einen Gott; für den Menschen nicht; für diesen erst, wenn er es findet und aufdeckt! So aber auch im Rechte: Eine generelle Schmerzengeldklage war durch den einen Fall des unerlaubten Folterns des C. C. C. art. 20 und 21 für uns noch nicht gegeben, nur für einen vorausseheuden Schöpfer! Gegeben waren bis dahin etwa nur allgemeine historische Ahnungen, Reminiscenzen, daß vor der Einführung des modernen Strafrechts in den mittelalterlichen Compositionen und Bußen, in dem Loskaufe von der Privatfehde, auch eine Privatgeldstrafe und actio mixta etwa für Schadensersatz lag. Erst die geistesschaffende, naturrechtliche Construktion der Praxis aber schuf aus dem einzelnen geschichtlichen Falle der C. C. C. ein generelles civilrechtliches Schmerzengeld für alle die schmerzhaften Körperverletzungen wieder, für welche es eben durch die C. C. C. durch das Strafrecht beseitigt war. — Vor der generellen Anerkennung und naturrechtlichen Construktion ferner eines Besitzrechtes des bloßen Detentor verweigerte selbst die Praxis nachweisbar, dem Pächter und Miether z. B., eine Zeit lang ein (generelles) Besitzrecht. Seit der geistigen Arbeit des Aufdeckens der Rechtsquelle und ratio erst ist es wieder da, obgleich es zuvor so allgemein eine Zeit lang nicht da war, sondern nur in einzelnen gesetzlichen Fällen des Lehens, canonischen Pfründebesitzes ꝛc. — Eine generelle Genossenschaft endlich ist durch die Arbeit des Geistesschaffens aus den geschichtlichen Vorbildern der Markgenossen, der Realgemeinde, Condominate,

Digitized by Google

Ganerben ꝛc. erst zur Zeit Beseler's wieder abstrahiert; zuvor war sie nicht da ꝛc. ꝛc. — Das ist eben das, was der unmaßgebliche Verf. in § 2 II a γ S. 196 ff. gleichfalls als generellen Erfahrungssatz des Rechts nachzuweisen versuchte: Daß neues Recht und Bewegung, Aenderungen des Lebens des Rechts nicht blos mit dem sich Aendern der Thatsachen der „Geschichte" und der geistigen „Ueberzeugungen" der Völker, sondern auch mit neuerlichem geistigen Erkennen und Begreifen seitens der Träger des Rechts, der Juristen ꝛc., entsteht! Auch von ihnen, durch ihre „Arbeit" des Begreifens eben wird der verlorne Ring, der Schatz des Rechtes wieder gehoben, welcher für uns unbewußte Menschen zuvor nicht mehr oder noch nie gegeben war! — b) Der weitere Einwand Windscheid's dagegen, daß das, durch Juristen- oder Naturrecht entstandene Recht nur ein „relatives" sei, welches einer besseren Einsicht weichen müsse, ist wohl ganz und gar unbedeutend! Es gibt im positiven Menschenrechte überhaupt niemals ein „absolutes", göttliches Recht (§ 1 S. 77, 79) von ewigem Bestande; alles Recht ist, „relativ", durch bessere Erkenntnis corrigierbar; und gerade das Geistesschaffen des Naturrechts ist es selbst, was hier belebt und corrigiert: Der Gesetzgeber z. B. wird infolge besseren Naturrechts sein Gesetz ändern, das Gesetz selbst wird beim Wegfall seines geistigen (naturrechtlichen) Gedankens seine Geltung verlieren (§ 6 I b); ein Gewohnheitsrecht wird infolge besserer opinio necessitatis seine Uebung einstellen; z. B. bei einer, zuvor für berechtigt erachteten Sklaverei ꝛc.; so aber kann auch das Juristen- oder Naturrecht kein absolutes, sondern nur ein relatives sein und durch bessere innere Gründe stets geändert, gebessert werden! — Alles Menschenrecht also ist relativ! Daraus aber folgt nicht, daß all' dies Recht nicht dennoch menschliches „positives" Recht ist: Der Richter oder Gelehrte, welcher infolge höherer Gründe eines Naturrechts zum ersten Male nicht folterte, oder welcher eine generelle Schmerzengeldklage schuf ꝛc. ꝛc. hat durch „Aufdecken" dieses „relativ" besseren Naturrechts ein neues Recht für uns Menschen geschaffen: Rechtsquelle ist eben, „was neues Recht schafft"! Deshalb ist wohl auch das, neues Recht schaffende Juristen- wie Naturrecht, nach wie vor, aus den, zu § 6 I a und b angegebenen Motiven: „Rechtsquelle"!

4. Ausnahmsfälle endlich, in welchen das Naturrecht nach positiver Erfahrung nicht blos „subsidiäre", sondern sogar eine „primäre" Rechtsquelle ist. — In vereinzelten Fällen ist das Resultat eines Naturrechts oder einer Philosophie so wenig subsidiärer Natur, daß dasselbe nicht blos ein früheres Gewohnheitsrecht und frühere Gesetze aufhebt, sondern selbst auch das Eintreten und Wirksamwerden dieser beiden historisch gegebenen Rechtsquellen für die Zukunft unmöglich machen kann; freilich nur solange eben die Ueberzeugung dieses, — uns vielleicht zur Zeit nur — absolut scheinenden (§ 1, S. 77) Naturrechts herrscht. Es sind dies die bereits oben erwähnten Fälle eines Vorliegens eines sogenannten rein flüssigen Rechts-

Digitized by Google

stoffes (oben § 6, II B c 2); nämlich entweder 1. eines höheren Sittengesetzes, (boni mores, turpitudo etc.), oder 2. der Construktion des Systemes, oder 3. einer thatsächlichen wie logischen absoluten Unmöglichkeit. —

Von diesen Fällen sind namentlich die allgemein gebietenden höheren Sittengesetze regelmäßig allerdings höchst sporadisch und heikler Natur. Sie gebären ihr Recht zumeist erst nach langem und schwerem „Kampfe um's Recht". Beispiele aus dem Leben sind, abgesehen von den sogenannten „Menschenrechten" der Staatsverfassungen: Im Civilrechte: die Aufhebung der Sklaverei des römischen Rechts, wie neuerdings der, in den nordamerikanischen Freistaaten erst nach einem Sonderbundskriege mit dem Süden erfolgenden Aufhebung der Negersklaverei, die Aufhebung des Sklavenhandels in Afrika, vielleicht die rechtliche Nichtgestattung des Wuchers, gewisser geschlechtlicher Beziehungen, Ehen ꝛc. Im Strafrechte: die Aufhebung der, durch die Carolina gesetzlich gegebenen Folter, des Hexenverbrennens. Ein bayerisches Duellmandat ferner, welches das Duell mit grausamen Strafen, mit Todesstrafen, gleich einem Morde bestrafte, wurde beispielsweise zwar im 18. Jahrhunderte erlassen, kam aber nie zur Ausführung. Im Kirchenrechte vielleicht je nach Zeitumständen der Satz des großen Fritz: in meinen Staaten kann jeder nach seiner Façon selig werden. Im Civilprozesse enthielt eine schon erwähnte gesetzliche Beweistheorie des bayerischen Judiciarcodexes von Kreitmair von 1753 in Cap. X § 11, 4to noch eine Bestimmung, wonach arme, unvermögliche Zeugen exceptionsmäßig sein sollten. J. A. Seuffert äußert in seinem Commentar zu dieser Stelle mit Berufung auf Stürzer: „Abscheulich! Wird nicht mehr observiert. Armuth allein macht niemand verdächtig." Und diese Exceptionsmäßigkeit verschwand so aus höheren Gründen, naturrechtlich vor dem Forum der Gerichte! — Dies sind unwillkürliche „positive" Aeußerungen der Herrschaft eines höheren Sittengesetzes im Rechte als primäre Rechtsquelle, welche sich aus Erfahrung ergeben. —

Nicht der subjektive Wille und die Ueberzeugung, das Naturrecht des Einzelnen freilich ist es eben hier speciell vor allem, welches den Naturrechtssatz als primäre Rechtsquelle ins Leben rufen kann; sondern nur die Ueberzeugung des Volkes als Ganzen (oder doch der Juristen als Träger der Rechtskunde) muß von der Idee der Unsittlichkeit der Sklaverei, der Folter, des Hexenverbrennens ꝛc. so lange belehrt sein, bis ein Begreifen auch innerhalb unseres ganzen Volkes, der Regierung wie der Untergebenen und so eine allgemeine absolut gebietende Ueberzeugung von solcher Macht vorliegt, daß sie sich sofort allgemein zur Geschichte zu verkörpern vermag! Deshalb wird es gut sein, wenn in solchen Fragen der Sitte insbesondere wir kleinen Juristen als einzelne hier ein volles Reifen der Ueberzeugung im Volke abwarten und den ersten Ausspruch solcher kategorischer Imperative bedeutenderen Männern oder Juristen überlassen, welche nicht blos wissenschaftlich,

Digitized by Google

sondern auch praktisch populär sind; z. B. einem Thomasius, dem großen Fritz, Kreitmair, J. A. Seuffert. Während anderseits die Verwirklichung der übrigen flüssigen Rechtsbestandtheile unter 2 und 3, die Beseitigung falscher Begriffe des Systems wie absoluter Unmöglichkeiten, wohl auch durch uns kleinere, nicht einflußreiche, ja nicht einmal in der Wissenschaft cotierten Juristen und Praktiker mit wissenschaftlichen Gründen erfolgen kann. Wie wenig die aprioristische Ueberzeugung Einzelner über vermeintliche Unsittlichkeit eines Rechts positives Recht wird, beweist die, schon wiederholt angeführte Agitation für die Aufhebung der Todesstrafe. Sie drang vor den Gerichten nie durch. Ebensowenig die immerhin vielleicht überzeugte Justiz, welche nur von einem Theile des Volkes ohne Ueberzeugung der Gesammtheit geübt wird; z. B. eine Lynchjustiz, das, zudem jetzt ausartende Haberfeldtreiben ꝛc.

Diese Fälle des höheren Sittengesetzes, Aufhebung der Folter, Sklaverei ꝛc. infolge bewußter Aenderung der Ueberzeugung des Volkes überhaupt (§ 2 II a β S. 195 f.) wurden bisher mit Unrecht mit einem Gewohnheitsrechte verwechselt. Sie sind aber reines, nur auf allgemeiner Ueberzeugung beruhendes Naturrecht: ihnen gebricht es an dem wesentlichen Requisite des Gewohnheitsrechtes, an dem früheren Gegebensein durch constante Uebung! Eine erste Anwendung bricht hier sogar ganz im Gegentheil mit aller bisheriger Uebung und Geschichte; dieselbe wäre folgeweise vom Standpunkte des geschichtlichen Gewohnheitsrechtes ein Unrecht und Rechtsbruch, möglicherweise Verletzung wohlerworbener Rechte eines Sklavenhalters ꝛc. Würde man somit diese Fälle einem erfahrungsgemäßen (empirischen) Gelten zum Trotze nur als Gewohnheitsrecht definieren, so würde man zu dem absurdum kommen, daß durch Unrecht Recht: aus einem ersten Rechtsbruche sich späteres Gewohnheitsrecht bilden könne: Der erste Richter wenigstens, welcher bewußt nicht foltert ꝛc., würde Gesetz wie Gewohnheit verletzen und sich nie auf Gewohnheit berufen können! Diese Definition somit wäre unmöglich! — Damit soll allerdings nicht gesagt sein, daß solche Fälle sich nicht später und zwar schon sehr bald zugleich zu einem Gewohnheitsrechte ausbilden werden und müssen, weil ja sonst eine allgemeine Volksüberzeugung nicht vorläge, wie eben die Aufhebung der Sklaverei, Folter ꝛc. beweist. Allein weil hier noch keine Geschichte überhaupt, kein Gesetz, auch keine geschichtliche längere Uebung eines Gewohnheitsrechts, nicht einmal ein praecedens vorliegt, und trotzdem in solchen Fällen schon durch einen ersten geistesschaffenden Akt, durch ein Naturrecht erfahrungsgemäß mit Recht selbst Gesetze und Gewohnheitsrechte beseitigt werden, ist diese Art des Naturrechts in diesen einzelnen Fällen eben eine „primäre" Rechtsquelle, selbst vorgehend dem Gesetze und dem Gewohnheitsrechte, während doch sonst ein Naturrecht nur eine subsidiäre Rechtsquelle sein kann!

Damit stellt sich zugleich die Reihenfolge der Rechtsquellen

Digitized by Google

fest, von welcher wir bereits oben § 6 II B b gehandelt haben, eine Rangordnung, deren die Naturrechtsschulen selbstverständlich überhaupt deshalb noch nicht bedurften, weil sie alles Recht aus Vernunft, als Naturrecht, darstellen zu können wähnten, und umgekehrt die historische Schule noch nicht, weil sie jedes Naturrecht leugnete! — Soweit von dem Verhältnisse und der principiellen Verschiedenheit einer Schule des geschichtlich lebenden und praktischen Rechts zu den früheren Naturrechtsschulen. —

B. Verhältnis einer praktischen zur „historischen" Rechtsschule.

1. Der Begriff der positiven Geschichte. — Unter A haben wir soeben ersehen, wie der Begriff des Extremes der bisherigen aprioristischen „Naturrechtsschulen" schon nicht der des Naturrechtes einer praktischen Schule, sondern ein, zum Theil falscher sein konnte, soweit er ein blos subjektiver, nicht der der Allgemeinheit ist, welcher sich sofort zur Geschichte verkörpert. Auch hier ist nur zu wiederholen, wie umgekehrt auch der Begriff der historischen Schule von einer positiven „Geschichte" ein getrübter, falscher, wie die lebende Geschichte eines praktischen Rechts nicht minder einen Gegensatz bieten muß, zum extremen, von Aprioristik irregeführten, Begriffe einer Geschichte der historischen Schule! Auch die Geschichte der gesammten „Vergangenheit", welche das Schulprincip (Sav. Zeitschr. f. gesch. Rechtswissenschaft, 1815, I S. 6, oben § 2 S. 213 ꝛc.) sowie die Musterschriften der historischen Schule in Savigny's Zeitschrift, Besitz und System zeigen, und welche sich im Wesentlichen aprioristisch auf die Darstellung eines, selbst vorjustinianischen und nicht glossierten, rein römischen, kanonischen älteren Reichs- und altgermanischen Rechts beschränkt, ist ja eine, für das positive Recht vielfach falsche Geschichte; weil das geschichtliche Recht lebt, sich bewegt, praktisches Gewohnheitsrecht wie Neubildungen zeigt, und weil diese eine „vergangene" Geschichte als Antiquität quellengemäß beseitigen müssen: Die Geschichte der historischen Schule ist so im Principe eine bloße Rechtsgeschichte, welche zwar das Wissen in Theorie wie Praxis niemals entbehren soll und kann (§ 3 II A 3 S. 274 ff., S. 364), welche aber im Principe nicht die heutige positive, sondern heutzutage sogar „ungeschichtlich" ist, weil Leben und Gegenwart zeitlich schon von jeder nächsten „Vergangenheit" verschieden sein kann, geschweige von einer „gesammten" Vergangenheit! Die Grundlage, das Urbild des praktischen Rechts ist dagegen im Allgemeinen das geschichtlich quellende Leben des Rechts, (Einleit. 1, II), welches, geregelt durch die Formen der positiven Rechtsquellen, mit seinem Geiste und Körper, mit seinem Naturrechte und seiner Geschichte aus Zeit und Raum erquillt! (§ 5). Diese einzelnen Grundprincipien dieses Urbildes des Lebens des Rechts haben wir in § 1, 5 III und § 6 gezeigt. Sie sind, wie erwähnt, „Geschichte neben Naturrecht", „Bewegung dieses Lebens" statt stabilen Rechts, Maßgeben der „Zeit" des Momentes der Gegenwart und des „Raumes"

Digitized by Google

des bestimmten Staates. Alle diese Grundprincipien bilden einen Gegensatz zum Schulprincipe der historischen Schule vom unbegrenzten Gelten eines vergangenen Rechts! Ebenso gibt es kein begriffliches Mittelding zwischen dem positiven Leben des Rechts und der vergangenen Geschichte der historischen Schule; Gegenwart und vergangene Geschichte sind im Principe unvereinbar. Ebenso, wie Geschichte und Naturrecht, Körper und Geist des Rechts. Doch aber gibt es eine „organische" Vereinigung von mechanisch unvereinbarer Geschichte und Naturrecht suo loco am rechten Orte, welche, wie die Fortdauer der Vereinigung von Körper und Geist im Leben des Menschen, so die Fortdauer des Lebens auch des Rechts bedingt! —

2. Die bisher als „geschichtlich" anerkannten Rechtsquellen speziell nun je im Einzelnen sind: Gesetz; dessen Begriff bedarf keiner Erläuterung. Gewohnheitsrecht; dies darf wohl auch nach den neueren Untersuchungen Zittelmann's u. a. noch jetzt definiert werden, als: eine, infolge bewußten „Naturrechtes" (innerer Gründe ꝛc.) oder unbewußter opinio necessitatis sich formal zu einer lebenden Geschichte (§ 6 I b) verkörpernde, constante, allgemeine „Uebung" des Volkes als Ganzen. Dazu kommt unbestritten allenfalls noch: Autonomie ꝛc. Soweit sind die geschichtlichen Rechtsquellen allgemein anerkannt. — Es entsteht aber jetzt die weitere Frage: Gibt es, außer diesen, bisher schon allgemein anerkannten, nicht noch weitere „geschichtliche" Rechtsquellen? Ist namentlich nicht das Präjudiz der Praxis, wie allenfalls auch die communis opinio doctorum, so sehr jene vielleicht die „historische" Schule bekämpfte, bei Lichte betrachtet, gleichfalls eine solche geschichtliche Rechtsquelle, vorausgesetzt selbstverständlich, daß beide nicht ohnehin schon eine andere, vor ihnen entscheidende Rechtsquelle: ein Gesetz, Gewohnheitsrecht, in sich enthalten? — Um diese Frage zu entscheiden, müssen wir uns wohl zuvor das Motiv vergegenwärtigen, warum alles „geschichtliche" Recht für uns überhaupt positiv sein wird!

Der Grund der Geltung einer „Geschichte" überhaupt, wie der weitere Grund, warum wir wohl auch künftighin, wie bisher, faktisch wenigstens unser, in der Gegenwart geltendes Recht zugleich aus der Geschichte der Vergangenheit werden erforschen und selbst vergangene Geschichte, soweit sie nicht Antiquitäten zeigt, als positives Recht werden anerkennen müssen, ist wohl folgender. — Diese fortwährende Pflege eines Rechtes der Vergangenheit ist vor allem ihrem Zwecke nach nothwendig, um zu erfahren, was jetzt noch lebt! Nicht blos deshalb, um das Geltende der Gegenwart zu verstehen, soweit es unverändert fortlebt, sondern auch, um zu erfahren, ob das, jetzt positiv, laut der Rechtsquellen Lebende noch mit dem Vergangenen in seinem Wesen identisch, und ob ebendeshalb dies Vergangene selbst, seine Institute, Grundsätze und Regeln, von uns noch immer angewendet werden dürfen, oder ob sie nicht vielmehr als antiquiert zu beseitigen sind! Dies der „Zweck" der Pflege der vergangenen Geschichte inner-

Digitized by Google

halb des positiven Dogma. — Was ist aber alsdann die Analyse des Grundes gerade der Nothwendigkeit einer solchen Pflege, obgleich ja doch nicht das Leben einer „Vergangenheit", sondern nur das Leben der Gegenwart entscheidet (§ 6 I c)? Diesen inneren Grund nun scheint uns ein, auch für jede lebende Geschichte gleichmäßig wirkendes, weiteres empirisches Grundgesetz aufzuklären: das, allgemein außerhalb des Rechts so bezeichnete: Princip der Stetigkeit, das Gesetz eines Beharrungsvermögens oder einer vis inertiae. Dieses Grundgesetz wirkt nämlich, wie in jeder Geschichte, wie in der Naturgeschichte, politischen Geschichte ꝛc., so erfahrungsgemäß auch im Leben des Rechts so mächtig, daß es uns infolge des Bedürfnisses schon sogar in den meisten Fällen das lebende Recht zeigen muß. Deshalb ist auch zweifellos dies Gesetz der Grund, welcher die historische Schule zu ihrem Extreme einer Geschichte einer gesammten „Vergangenheit" verleitet hat; dazu, aus einer sehr häufig wiederkehrenden Regel eine, generell unzulässige Schlußfolgerung zu ziehen, daß ihre Geschichte der gesammten „Vergangenheit" mit der „lebenden", positiven Geschichte identisch sei, um so beide zu verwechseln!

Dieses Gesetz der Stetigkeit nämlich beherrscht unwillkürlich die Vorstellung unseres ganzen menschlichen Lebens und Wahrnehmens, im Rechte wie außer dem Rechte! Wir sind nun einmal von Natur aus darauf angewiesen, alles, was für uns faktisch oder rechtlich einmal gegeben war, das, was in äußere Erscheinung getreten, was unser Eindruck, unsere Vorstellung geworden ist, zu bewahren und als fortbestehend zu erachten, solange dessen Fortbestehen überhaupt möglich und wir nicht das Gegentheil wahrnehmen, daß es beseitigt ist. Wir werden daher sogar regelmäßig auch fernerhin, — wie bisher die historische Schule gethan, — zugleich die vergangene Geschichte um ihr Recht befragen müssen, wenn auch nicht als primäre Quelle unseres Wissens! Vergleichen wir analoge Beispiele und Beweise aus dem alltäglichsten Leben: Wir schreiben an oder besuchen einen fernen Freund innerhalb einer Zeitperiode, welche dessen präsumtives Lebensalter nicht überschreitet. Wir reisen in eine Stadt, auf eine Insel. Primäre Voraussetzung ist, daß beide noch existieren. In all' diesen Fällen können und müssen wir nun wenigstens einige Zeit lang, — vom letzten Briefe, von der letzten Zeitung an bis zu unserem realen Augenscheine, — lediglich „präsumieren", daß der gegebene Mensch, weil er früher gelebt, noch lebt, daß die Stadt nicht durch Feuer verzehrt, die Insel nicht vom Meere verschlungen ist. Dies das ewige, für uns unentbehrliche Grundprincip der Stetigkeit unserer Vorstellung! Es begleitet die, durch eben dies Princip nichtsdestoweniger nicht selten irrende Menschheit nothgedrungen neben dem primären realen Wissen durch ihr ganzes Wissen vom Gegebenen. Es führte im Rechte die extreme historische Schule auch selbst zu Irrthümern, welche Jahrtausende überspringen! Der Grund aber, warum wir es dennoch anwenden müssen, ist allüberall die Mangelhaftigkeit



Digitized by Google

des menschlichen Wissens! Nur eine Allwissendheit eines Gottes könnte dieses Princip der Stetigkeit entbehren! Trotz seiner Mangelhaftigkeit aber bleibt es für uns unentbehrlich! Dies der innere Grund der Anwendung einer Geschichte. Faktisch findet dasselbe Princip bisher nun in der That, wie in jedem Wissen, so auch in jeder Sparte unseres positiven Rechts speciell Anwendung. Nur eine unpositive „Naturrechtsschule" konnte von ihm eine Ausnahme machen wollen. Auch jedes positive Recht nämlich muß thatsächlich insolange von uns als gegeben anerkannt werden, als dessen geschichtliches Fortbestehen an sich möglich und seine Beseitigung nicht geschichtlich und durch Rechtsquellen nachgewiesen ist. Zeitweise schien dies sogar gesetzlich vorgeschrieben! Solange im alten gemeinen Prozesse eine gesetzliche Beweistheorie bestand, war dies, der „Erfahrung" überhaupt gemäße, und Menschen unwillkürlich zwingende Princip für rechtliche wie faktische Zustände sogar direct als Präsumtion vorgeschrieben. Der alte gemeine deutsche Civilprozeß vertrat unter Berufung auf l. 12, 22, 25 § 2 D de prob. 22, 3 wie auf c. 12, 16 C. 4, 19 den Satz: man habe nur die Thatsachen der Entstehung eines Rechts, nicht dessen Fortdauer zu beweisen; (v. Bayer Vorträge über d. g. o. Civilprozeß, 7. Aufl. S. 427). Denselben ausdrücklichen Satz vertreten auch neuere Pandektisten, wie Puchta (Pand. § 97, Note h) ꝛc. Für die Geltung des gemeinen römischen Rechts setzt dies Princip ein Gewohnheitsrecht fest: die sog. fundata intentio des römischen Rechts! Auch sonst in Gesetz und Recht zeigt die tägliche Erfahrung den gleichen Erfolg ganz ohne Vorschrift von selbst. Ist ein Gesetz erlassen, ist ein Gewohnheitsrecht geübt, ist ein innerer, wissenschaftlicher Grund (Naturrecht) überzeugend dargelegt worden, so werden wir der Natur der Sache nach diese unwillkürlich auch fernerhin befolgen müssen. Wir werden uns zwar befleißen, jedesmal die neueste Gesetzgebung und Litteratur, ja die neuesten Auflagen der Lehrbücher und Präjudiziensammlungen zu durchforschen, ob sich das Recht nicht in einer dieser Rechtsquellen „bewegt" hat, ob etwa ein neues Gewohnheitsrecht, neue Gründe der Wissenschaft zu Tage getreten sind! Eine bloße Erwägung aber, daß das bisherige Recht durch neues Gewohnheitsrecht ꝛc. abrogiert sein könnte, darf offenbar, — ohne ganz bestimmte Erfahrung der Aufhebung — niemals berücksichtigt werden! Dies Princip bewahrt sogar Theorie und Praxis gegenüber dem römischen Rechte im Landrechte. Wie bereits erwähnt, (§ 4 S. 453 ff.) wäre es ein Unding, wenn Gesetzgebungen nicht blos die gesetzliche und gewohnheitsrechtliche, sondern jede Geltung des römischen Rechts aufheben wollten. Was ist das römische Recht? Die bisherige beste Entscheidung des, früher in Rom lebenden Rechts nach Billigkeit und ratio, weil es fast nichts enthält, als das, zumeist aus natura entstandene jus gentium. (§ 7 S. 576 ff.) Sollten wir nun deshalb, soweit dies Recht noch lebt, das von Haus aus denkbar Billigste für unbillig, Gebote der ratio für irrationell halten müssen,

Digitized by Google

falsch urtheilen, nur um nicht römisches Recht anzuwenden? Wir würden dadurch uns nur selbst schädigen! Die Erfahrung des preußischen Rechts zeigt das Gegentheil. So bewahrte die Praxis selbst gegenüber dem aufgehobenen römischen Rechte, soweit es noch immer Gründe eines Juristen- oder Naturrechts zeigt, das Princip der Stetigkeit. — Wenn wir nun aber dies Princip der Stetigkeit in einzelnen Fällen anwenden, dann müssen wir es wohl consequent in allen anwenden!

Nun die Nutzanwendung hieraus für das Präjudiz der Praxis! — Das Präjudiz ist vor allem ein Geschehenes, also gleichfalls eine „Geschichte" eines Rechts. Ist es Geschichte, dann muß aber für dieselbe das gleiche „Princip der Stetigkeit" einer Autorität gelten, wie für jede andere Geschichte. Das ist, es muß solange gelten, bis ihm solche Gründe entgegentreten, welche es selbst anders hätten gestalten müssen: bessere Gründe, Rechtsquellen von besserer Rangordnung (6 II B b), ein jüngeres Präjudiz, weil alle späteren Deklarationen und Ausflüsse der Rechtsquellen auch die früheren Ausflüsse aufheben müssen. Dies alles folgt aus dem Begriffe des Präjudizes, welches nicht selbst als Rechtsquelle, sondern nur als ein declarare des jus, quod est, erscheint, (oben § 4 D III a S. 458). Wenn die vergangene römische „Praxis" des corpus juris, durch eine Praxis eingeführt, (§ 3 II A 2 S. 272 ff.) bei uns Autorität war, warum soll nicht consequent auch eine lebende Praxis, welche das Präjudiz ist, nach dem römischen Rechte wenigstens, für uns Autorität sein. Die römische Praxis hat allerdings das Gewohnheitsrecht einer fundata intentio für sich bisher vorausgehabt; dafür aber bietet die heutige Praxis die Möglichkeit, daß sie lebende Rechtsquellen deklariert, welche dem römischen Rechte vorgehen. Kurz, nach unserem Grundsatze: wenn wir „Geschichte" und ihr Princip der Stetigkeit einmal achten, dann müssen wir beide consequent immer achten oder verwerfen, und weil nur das Erstere möglich, werden wir auch das praecedens des Präjudizes als Geschichte anwenden müssen!

Dies Präjudiz der Gerichte wird überdies als Geschichte allerdings mehr Autorität von uns allen fordern, als die communis opinio doctorum, wenn auch beide als Geschichte erscheinen und deshalb beide Autorität genießen können. Der Grund des Prävalierens aber ist nicht etwa der, als ob die Person unserer Professoren den Rechtsfall nicht ebensogut entscheiden könnten, als Praktiker. In dieser Beziehung könnte ebensogut das Gegentheil eintreten! Im Gegentheil hat jede Theorie darin vor der Praxis einen Vorsprung, daß ihr beliebig viel Zeit zur Entscheidung, und so viel mehr Hülfsmaterial zu Gebote steht, als dem, zu raschem Votum in öffentlicher Sitzung gedrängten Richter! Beide, ein bewährtes Präjudiz, wie die gleiche Entscheidung einer Theorie, sind so gewissermassen nur eine communis opinio; das Präjudiz eine solche von Richtern des Reichsgerichts ꝛc., die opinio doctorum eine solche von Lehrern. Darin stehen beide



Digitized by Google

wohl an Autorität vollständig gleich. Aber das Präjudiz hat wenigstens äußerlich ein Doppeltes vor der Meinung der Lehrer als solcher voraus. Die opinio doctorum kann einmal niemals eine Uebung der Gerichte begründen, welche zum Gewohnheitsrechte führt, und nie ohne Uebung, für sich Gewohnheit werden. Das Präjudiz dagegen kann Gewohnheitsrecht begründen und ist der Anfang eines solchen. Zweitens und hauptsächlich aber verbleibt die opinio doctorum eine Meinung von bloßen Privatpersonen. Das Präjudiz aber ist ein Urtheil; und dies Urtheil hat nicht etwa eine Privatperson als solche für sich erlassen, wie die opinio doctorum, sondern der, mit Justizhoheit ausgestattete „Staat" selbst ist es hier, welcher in ihm bereits einmal durch die, zur Ausübung seiner Justizhoheit berufenen Organe gesprochen hat! Der Staat als nicht physische, sondern als juristische Person spricht ja dies Recht stets als unsichtbare Persönlichkeit nicht selbst, sondern durch solche legitime Organe, die physischen Personen der Gerichte, welche diese Justizhoheit in seinem Namen nur ausüben. Wenn also der „Staat" einmal so durch seine legale Vertretung in höchster Instanz ein Recht legal ausgesprochen, verkündet und damit zu einer „Geschichte" gemacht hat, so entsteht jetzt auch ein Gesetz der Stetigkeit für die Autorität des Staates. Soll der Richter ein zweitesmal ganz ohne Grund immer das Gegentheil aussprechen und gegen eine, durch ihn selbst gesetzte Geschichte und ihr Princip der Stetigkeit einer selbst staatlichen Autorität verstoßen? Wenn also faktisch schon die communis opinio doctorum eine gewisse Geschichte repräsentiert, wenn von ihr ein Lehrer nicht wohl ohne Grund abweichen soll, so wird das Präjudiz unserer höchsten Gerichtshöfe wohl nicht nur diese gleiche Autorität der Geschichte beanspruchen müssen, sondern es wird vor einer einfachen opinio von Privatanschauungen auch noch aus den erwähnten zwei autoritativen Gründen einen Vorrang behaupten müssen.

Hienach wird also das Präjudiz wie die communis opinio doctorum als eine positive Autorität „gelten" müssen: Wie gesagt: nicht an sich, weil irgend ein Richter oder Lehrer diese Meinung hat; denn beide können ja bei einigem Wollen auch falsch entscheiden! Wir werden also an unserem früheren Satz strikte festhalten können: daß weder Praxis, noch Doktrin an sich, noch Geschichte überhaupt unbedingt Rechtsquelle ist! Sondern nur: weil und soweit sie den Rechtsquellen und eventuell einem empirisch gegebenen und geltenden weiteren Naturgesetz: einer berechtigten Stetigkeit jeder Geschichte entsprechen. — Wenn dies der Fall, so wird aber dieses „Naturgesetz der Stetigkeit", wie in § 6 II B b gezeigt, auch in die Reihenfolge der positiven Rechtsquellen an seinem richtigen Platze, wie folgt, einzureihen sein! Praxis und Doktrin sind an sich, wie gesagt, noch keine Rechtsquelle, weil beide selbst nur die Anwendung von Rechtsquellen und eines bereits vorhandenen Rechts, das bloße Deklarieren eines jus quod est, sind (cf. l. 8 § 4 D 8, 5; l. 1 D. R. J.). Beide sind vielmehr

Digitized by Google

beim Rechtfinden in Wirklichkeit nur eine, aus den Rechtsquellen folgernde Wissenschaft oder „Theorie"! Die Autorität, welche beiden, selbst ohne Gründe, dennoch innewohnen kann, kann daher nur eine äußere sein, die Autorität eines äußeren praecedens, eines Präzedenzfalles, die Autorität eines äußeren Gesetzes der Stetigkeit einer Geschichte, welche präsumiert, daß das einmal legal sich geschichtlich äußernde auch fernerhin legal und berechtigt sein wird, solange ihm nicht bessere Gründe, prävalierende Rechtsquellen, neuerdings erkannt, entgegentreten. Auch wieder nicht ihr Geschehensein oder „Geschichte" allein, z. B. eine solche in China, freilich ist so Rechtsquelle, sondern nur die Stetigkeit einer örtlich und zeitlich „berechtigten" (§ 6 I a und b) und nicht als unberechtigt nachgewiesenen Geschichte, die Präsumtion, welche fortdauert, bis hier wieder das „Gegentheil einer Berechtigung" nachgewiesen und begriffen ist. — Hieraus folgt aber schon von selbst, daß auch die Rechtsquelle dieses Princips der Stetigkeit einer, einmal berechtigt befundenen Praxis wie Doktrin nur eine „subsidiäre", nur solange gegeben sein kann, als ihm nicht neuerdings eine besser berechtigte primäre Rechtsquelle: z. B. neuerdings das Auffinden und Begreifen eines geltenden Gesetzes, Gewohnheitsrechts und inneren Grundes (= Naturrecht) entgegentritt. Daher war es aber gerechtfertigt, die Wirkung des Gesetzes der Stetigkeit einer Praxis und Doktrin in § 6 II B b in die IV. Stufe und Reihe der Rechtsquellen einzusetzen, so daß im Collisionsfalle das Präjudiz: der bloßen Doktrin zwar an sich vorzugehen, beide aber allen übrigen Rechtsquellen nachzugehen haben werden. — Daraus ergeben sich dann aber selbstverständlich auch schon erwähnte praktische Folgen. Liegen gegentheilige primäre Gründe einer besseren Rechtsquelle des Gesetzes, Gewohnheitsrechtes oder subsidiärer innerer Gründe vor, so darf jedes Ober- und selbst Untergericht, jeder Einzelne als Lehrer, Schriftsteller ꝛc. von der Stetigkeit eines Präjudizes oder einer communis opinio doctorum abweichen; sie müssen sogar den besseren Rechtsquellen des Gesetzes ꝛc. unbedingt gehorchen. Dies die Rangordnung oder Stufenfolge des geschichtlichen Rechts in der Reihe der Rechtsquellen!

Auch die Geschichte endlich zeigt, daß das Präjudiz von jeher thatsächlich eine Autorität geübt hat. Das römische Recht schon legt nach einem Rescripte von Severus (l. 38 D 1, 3) der consuetudo aut auctoritatis rerum perpetuo similiter judicatarum eine vis legis bei; daß dieses »perpetuo similiter« auch ohne Entstehung eines förmlichen Gewohnheitsrechtes ein Gewicht haben sollte, scheint der Umstand zu beweisen: daß in l. 34 f. eod. auch contradicto aliquando judicio noch eine consuetudo firmata vorliegen sollte. — Auch in allen modernen Culturstaaten hat jetzt in der Praxis die Präjudizienwissenschaft erfahrungsgemäß obgesiegt. Das englisch-amerikanische common law etc. beruhte zumeist auf Präcedenzfällen; die französische „Cassation" vernichtet Abweichungen von ihren

Digitized by Google

Präjudicien; die „Revision" des deutschen Reichsgerichts erklärt grundlose Abweichungen von ihren Gründen für rechtsirrthümlich: Auch die historische Schule, (obgleich sie das praktische Recht von ihrer Litteratur ausschloß, oben S. 293, weil sie dasselbe mit Naturrecht indentificierte, § 1, 4 II) hat doch in Widerspruch damit an andern Orten demselben wieder sogar mehr Gewicht beigelegt, als die Praxis selbst. Und zwar nicht erst seit Windscheid und der Aufnahme des Präjudizes in die Lehrbücher! Savigny schon behandelt das eigentliche Präjudiz, Syst. I S. 96, und will es solange fortbehalten wissen, bis neue, bisher unerwogene Gründe sich ergeben; vom eigentlichen Gerichtsgebrauche besagt derselbe aber S. 266, daß er allem übrigen Rechte vorgehe; m. vgl. auch S. 93, 95, 97. Puchta (Pand. § 16) identificiert es, soweit es nicht Gewohnheitsrecht, mit dem wissenschaftlichen oder Juristenrechte. Arndt's (Pand. § 11) gibt der „heutigen feststehenden Praxis den Vorzug vor allen übrigen Quellen des gemeinen Civilrechts". Auch Thöl (Handelsrecht I § 14) und neuerdings Baron (Pand. 5. Aufl. S. 22) sehen in der Praxis eine Rechtsquelle. — Unter den neueren Praktikern selbst erklärt J. A. Seuffert (Pand. § 1 Note 2 mit § 12), conservativer als obige Doktrin, den Gerichtsgebrauch nur bei Lücken des positiven Rechts zur Bekräftigung wissenschaftlicher Fortbildung und in zweifelhaften Fragen für entscheidend. — Das Richtige dürfte immerhin sein, das Präjudiz wie jede Theorie mit den Römern (oben S. 458) als ein bloßes »declarare« des jus quod est oder als eine Feststellung der Ausflüsse der allein positiven Rechtsquellen zu erachten. Die Praxis ist aus diesem Grunde sowenig Rechtsquelle, wie jede Theorie. Nur in dem Falle, wo die Aussprüche der Praxis Geschichte geworden sind, haben sie auch Autorität, ohne daß sie den Inhalt einer andern Rechtsquelle zeigen; aber so daß sie nicht selbst als Rechtsquelle erscheinen, sondern nur infolge des, jeder Geschichte innewohnenden Gesetzes der Stetigkeit und in ihrer Rangordnung!

Zufolge der Analyse, daß auch die, im Präjudize der Praxis enthaltene „Geschichte" zufolge ihres Gesetzes der Stetigkeit eine subsidiäre Rechtsquelle ist, wird praktisch die Beachtung des Präjudizes, wie schon bisher seit Windscheid allgemeiner geschieht, allerdings auch für jede Theorie eine obligatorische erscheinen müssen. Wie jede Jurisprudenz die neueste Litteratur wegen der, in ihr beachteten Ausflüsse der Rechtsquellen ꝛc., so wird dieselbe aus noch mehr Gründen auch die neuesten Präjudizien nachschlagen müssen. Erleichtert ist ja diese Beachtung der Praxis jetzt in doppelter Weise. Einmal durch Präjudiciensammlungen seit J. A. Seufferts Archiv, jetzt den Reichsgerichtsentscheidungen ꝛc., dann dadurch, daß auch unsere Lehrbücher seit Windscheid selbst ein Nachschlagen des Präjudizes ermöglichen. — Dieselbe Continuität der „Geschichte" können dann allerdings noch die wirklichen Rechtsübungen des Volkes, Usancen, Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, insbesondere des Notariats, Consulentien einer Anwalt-

Digitized by Google

schaft ꝛc. (l. 35 D 1, 3) ergeben; erstere sind sogar die Urbilder der, alsdann noch juristisch zu prüfenden Thatsachen. (Einleit. 1, II.) Nur bedürfen dieselben dann einer sorgfältigeren Prüfung, weil dieselben der Kritik der streitigen Rechtspflege und einem Ausspruche der Autorität des Staates noch nicht bereits in gleicher autoritativer Weise unterlegen sind.

Damit haben wir im Allgemeinen, wie im Eingange dieses Paragraphen erwähnt, das zu zeigen versucht, was eine praktische Schule von den Grundlagen unserer beiden bisherigen Rechtsschulen, von Naturrecht und vergangener Geschichte, theils in sich aufzunehmen, theils auszusondern genöthigt sein wird.

## § 8. Gesammtresultat auf positivem Gebiete. Das allmälige Obsiegen einer praktischen Schule. Name dieser Schule.

Hiemit schließen sich, vorläufig auf „positivem" Gebiete, unsere Untersuchungen über mächtige Gegensätze eines menschlichen Wissens überhaupt, welche uns auch im Rechte als die Gegensätze einer Aprioristik und einer empirisch-induktiven Realistik begegnen; als: ein Erfinden der Philosopheme des Menschengeistes aus sich selbst im Gegensatze zur empirisch zwingenden Wirklichkeit! Diese mächtigen Utopien der Aprioristik haben in nachrömischer Zeit seit einer Glosse auch das Wissen unseres Rechts gespalten. Sie waren das: eritis sicut Deus der Muhme! Sie haben das Begreifen selbst der „Geschichte" getrübt, (§ 7 B 1), die Begriffe des Rechts geradezu erschüttert, (§ 4 A) Gerechtigkeit als „staatsgefährlich" (§ 1, 4 II), „Delikte" als Recht und Nothwendigkeit erscheinen lassen! (z. B. § 4 D IV.) Die Wohlthat des Rechts ward so zur Geißel der Völker! — — Diese Untersuchungen haben deshalb zu zeigen versucht, wohin diese aprioristische Speculation geräth, welche die reale Wirklichkeit und ihre Gesetze verläßt: Auf allen Rechtsgebieten hat diese Aprioristik ihre Utopien nur schadenbringend (§ 4), mehr oder weniger selbst mit Gewalt durchzusetzen vermocht; von der doktrinären Glosse herab bis zu den Gewaltakten unserer heutigen historischen Rechtsschule; und anderseits bis zu einem modernen, naturrechtlichen Socialismus, Communismus und der Anarchie: Diese Aprioristik ist eben jetzt so recht die „Krankheit" unserer Zeit geworden, welche ihres Heilmittels harrt! — — Man hat seitdem diesen Kampf im Rechte speciell den Kampf zwischen „Theorie und Praxis" genannt: Mit Unrecht! Denn diese beiden sind nur je vorübergehend und zufällig die Träger dieser Gegensätze; die letzteren können sowohl in einer Theorie, als in einer Praxis wiederkehren! Diese Annahme wäre somit doppelt unberechtigt: Theils weil die realistischen Grundsätze, welche unsere Praxis concludent, wie unbewußt, zum Rechtfinden zwingen, gleichfalls eine „Theorie" oder Wissenschaft bilden (§ 4 D III), welche erforscht und dann auch von einer Doktrin adoptiert werden können. Theils weil diese realistischen Grundsätze schon bisher mehr oder weniger

Digitized by Google

unbewußt und concludent in der That auch von Doktrinen bereits adoptiert worden sind! So, hoch vollendet neben einer Praxis, im classischen Rom; weniger erfaßt noch bei den Postglossatoren, den Bartolisten, dem mos Italicus, dem deutschen usus modernus: und thatsächlich übt ja diese Grundsätze casuistisch durch Aufnahme des des Präjudizes jetzt auch wieder unsere deutsche Doktrin, wie die der gesammten übrigen Culturwelt! — So ist aber thatsächlich wenigstens das realistische Recht, (die Wirklichkeit des Rechts), von jeher allein zum Obsiegen gelangt, und muß dasselbe bei klarerem, wenn auch mühsamerem Verständnisse wohl auch immer wieder in der Theorie zum Siege gelangen, wie im classischen Rom! — Unser Resultat ist daher, daß dies wirkliche, praktische oder realistische Recht das Produkt ist einer „Arbeit" (§ 5 S. 491) einer quellengemäßen Erfahrung, welche das jeweilig geschichtlich sich bewegende positive „Leben" des Rechts zeitlich und räumlich zu begreifen sucht! —

Diese Untersuchungen nun glaubten sich aus allen denkbaren Gründen für die „Berechtigung" dieses, von jeher allein geltenden realistischen oder praktischen Rechts, für dieses Rettungsmittel unserer Zeit und unserer Völker, entscheiden zu müssen. — Fassen wir diese Gründe nochmals übersichtlich in ein Gesammtbild! — 1. Weil eine Erfahrung des Geltens, eine Empirie, im Rechte für uns Menschen überhaupt die einzige Erkenntnisquelle eines Positiven ist. (§ 1 S. 74 ff.). 2. Weil dies Gelten eine Schöpfung über uns unwillkürlich, sogar für uns zwingend, gleich dem Willen einer Gottheit, geordnet. (S. 3 ff., 78 ff.) 3. Weil eine Geschichte wohl vom Anbeginne einer Welt dies reale alleinige Gelten des praktischen Rechts zeigt. (§ 3 I.) 4. Weil selbst eine Vernunft es zwecklos erscheinen lassen wird, nur a priori von uns erfundenen Phantomen eines Rechts nachzujagen, und das Recht nicht zu achten, welches uns unwillkürlich, selbst bei gewaltthätigen Ankämpfen, dennoch zwingen würde! — Ebenso weil ja weiter die eignen Gründe der, zuletzt in unserer Theorie herrschenden gegentheiligen historischen Schule in ihrer Consequenz die gleiche Berechtigung des praktischen Rechts ergeben, namentlich: 5. Weil diese Schule durch die, von der Gegnerin anerkannten, positiven Rechtsquellen selbst als bindend erklärt wird, und diese so die Alleinberechtigung einer praktischen Schule an Stelle der einseitigen, extremen Phrasen: vergangene Geschichte und Vernunft des Naturrechts, resultieren (§ 5). 6. Weil ja die eigne Prämisse dieser Schule von „Leben" des Rechts die Beachtung des lebenden praktischen Rechts anstatt des „vergangenen" fordert! 7. Weil diese Schule erfahrungsgemäß sich nirgends sachlich bewahrheitete, soweit sie über das praktische Recht hinausgeht. (§ 3 II A.) 8. Weil deren eigne Vorbilder, die classischen Römer, ein solch praktisches Recht, ein jus, quod est, (S. 31 ꝛc.) fordern. 9. Endlich weil auch die Analogie aller andern Rechtsdisciplinen die Unhaltbarkeit einer

Digitized by Google

historischen Schule zeigt. (§ 4 C c.) — Deshalb traten diese Untersuchungen — an Stelle des Vernunftrechtes der Naturrechtsschulen und an Stelle der vergangenen Geschichte der historischen Schule — für eine „Schule" des real lebenden und praktischen Rechts ein, deren materielle und formale Grundgesetze § 1, 5 I—III und § 6 mit § 1, 9 I näher gezeigt.

Damit ist vielleicht unsere Hauptaufgabe des § 1, Ziff. 1 u. 3, die Feststellung des bisher unbekannten, berechtigten Wesens unseres lebenden, praktischen Rechts erreichbar. Ist diese Voraussetzung gegeben, bewähren sich dereinst diese Gründe der Hauptfrage, so ist auch die Nebenaufgabe des § 1, 2, der Nachweis der Möglichkeit und Berechtigung einer Einigung von Theorie und Praxis, von selbst gelöst! Schon bisher aber ist ja dieses Obsiegen des praktischen Rechts und diese Einigung von Theorie und Praxis durch die Wiederaufnahme des Präjudizes seitens unserer Doktrin seit Windscheid bereits thatsächlich wenigstens errungen; dies und die allseitige, auch theoretische Ueberschreitung der Schulgrenzen der historischen Schule durch die besten Juristen unserer Doktrin (§ 3 IV 2) schon läßt ein „allmäliges Obsiegen einer realistischen und praktischen Schule" auch auf wissenschaftlichem Gebiete erhoffen. Ausdrücklich spricht ja dies Nahen einer praktischen Jurisprudenz schon jetzt aus: in überraschender Weise der Historiker Stintzing (in seiner Schrift: Savigny, ein Beitrag zu seiner Würdigung, Berlin, Reimer, 1862, S. 47 ff., S. 52 ff.). Er besagt S. 53: „Die Zeiten der historischen Schule gingen zu Ende, und eine neue Phase der Entwicklung begann, — Hinneigung zum systematischen Erkennen; man will begreifen; — das Drängen auf eine mehr praktische Jurisprudenz, ein Symptom der, in dem Gesammtleben unserer Nation begonnenen Richtung auf praktische Ziele." — Leider nur verwechselt auch Stintzing noch das praktische Recht, wie die historische Schule überhaupt, (§ 1, 4 II), mit einem Naturrechte! Er glaubt daher, daß ein praktisches Resultat nur wieder durch einen aprioristischen Einfluß, wie den Hegels, somit durch Naturrecht allein herbeigeführt werde! Doch damit allein wäre allerdings ein reales Recht ebensowenig zu erreichen, wie mit einer historischen Schule allein! Hier wäre das eine Extrem der Aprioristik nur durch das andere Extrem wieder ausgetrieben, die Herrschaft der Aprioristik aber und der Kreislauf der Irrthümer verewigt! Unsere Grundfrage aber ist nicht die, a priori ohne Erfahrung gestellte: aut — aut; gilt entweder Naturrecht, oder vergangene Geschichte? Sie lautet vielmehr umgekehrt realistisch: wann gilt empirisch Geschichte und wann Naturrecht? So fordert unsere Zeit wohl mit Grund direkt eine andere realistische oder praktische Methode, einen Umschwung unserer Rechtswissenschaft an Stelle der bisherigen unfruchtbaren aprioristischen Richtung überhaupt, wie laut unseres Vorwortes jetzt auch schon Ihering mit den Anschauungen des Verf. glaubt: — Möge dies „praktische" Ziel jetzt auch unsere Nation mit den classischen Römern erreichen! —

Digitized by Google

Ist dies Ziel dereinst erreicht, dann wird es an der Zeit sein, etwaige Gesinnungsgenossen zu einem Familienfeste: zur Taufe des, aus der Ehe des Theoretikers mit der Praxis entsprossenen Kindes „praktische Schule" einzuladen! Diesen Namen nämlich hat der Vers. als unmaßgeblicher Geschäftsführer nur vorläufig vorgeschlagen! Theils um anzudeuten, daß damit keine Schule „der Praxis" als Zunft, sondern nur eine Schule des praktisch lebenden „Rechts selbst" erstrebt werde, welches von jeher abwechselnd auch eine Doktrin neben der Praxis vertrat. Theils weil kein anderer „hergebrachter" Begriff ihm dies in gleicher Weise zu charakterisieren schien, wie dieser, früher unter der Herrschaft der historischen Schule nur, eine Zeit lang ohne alle Kenntnis seiner Gründe von einer romantischen Doktrin fanatisch von aller wissenschaftlichen Litteratur ausgeschlossene, und deshalb (auch nach dem Rathe Iherings, oben S. 310) einstweilen zu verschweigende Name „praktisches" Recht! Diese Taufe also sei auf eine bessere Zeit verschoben! Mit einer Vorberathung aber können wir vielleicht mit Gestattung des freundlichen Lesers sofort in unserem Plauderstübchen einstweilen beginnen. — Der Name „praktisch" nämlich hat ja Nachtheile wie Vorzüge! Die Nachtheile? Er bezeichnet uns leider nicht mit einem Schlage auch sachlich schon sofort all' die Requisite, deren das reale praktische Recht bedarf, so, wie beispielsweise die Namen historische oder Naturrechtsschule zugleich den, allerdings leichter zu bezeichnenden, einseitigen Inhalt dieser beiden Schulen charakterisierten. Denn mit der Bezeichnung Naturrechtsschule wissen wir alle sofort, daß diese Schule nur Naturrecht, mit der Bezeichnung historische Schule, daß diese nur Geschichte will! Aber es dürfte doch leider auch kein anderer und so überhaupt kein technischer Begriff denkbar sein, welcher alle Requisite eines real geltenden, praktischen Rechts nach § 6, dieser „quellengemäßen Vereinigung von Geschichte und Naturrecht je nach Zeit und Ort zu einem lebenden Rechts-Organismus", mit einem einzigen technischen Ausdruck sofort auch sachlich zu bezeichnen im Stande wäre. Deshalb wird vielleicht nichts erübrigen, als auf einen sachlich bezeichnenden Begriff überhaupt zu verzichten und wenigstens einen hergebrachten, allgemein bekannten technischen Begriff beizubehalten, welcher als äußerer zwar das real geltende Recht gleichfalls nicht sachlich ausreichend zu charakterisieren vermag, von welchem aber wenigstens jedermann weiß, was der Begriff bezeichnen soll! Das sei, als alleiniger Vorzug des Namens „praktisch" oder „pragmatisch" für das real geltende Recht, erwähnt!

Welch' andere Bezeichnung aber wäre vorzuziehen? Man hat (wie z. B. Merkel in Ihering's Jahrbüchern, 1893, Bd. 32 S. 10) auf die frühere Methode Ihering's, bevor dieser laut unseres Vorwortes die realistische oder praktische Methode ausdrücklich adoptierte, gleichwie auf die von Leist, die Bezeichnung einer naturgeschichtlichen angewendet. Eine „Naturgeschichte des Rechts" nun kann materiell wohl eine bestimmte lebende, organische Vereinigung von

Digitized by Google

Naturrecht und Geschichte je nach Zeit und Ort bezeichnen. Aber vielleicht bestimmter doch nur die Geschichte, welche das Naturrecht, eine Natur der Sache, oder somit die „einzelne" Rechtsquelle des Juristen- oder wissenschaftlichen Rechts allein zu erzeugen vermöchte. Das reale und praktische Recht begreift aber auch die Resultate aller Rechtsquellen in sich; auch die Verkörperung zur Geschichte (§ 6 I b), welche auf Grund der geschichtlichen Rechtsquellen des Gesetzes, Gewohnheitsrechtes 2c. vor sich geht. Eine blos naturhistorische Behandlung des Rechts könnte also gerade diejenige Construktion des positiven Rechts (aus geschichtlichem Gewohnheitsrechte z. B. oder aus der neuesten Reichsgesetzgebung, Socialgesetzgebung 2c.) vernachlässigen wollen, welche nicht blos auf der Rechtsquelle des Naturrechts beruht; sie könnte so selbst nur formal, — als formale Begriffsjurisprudenz, — nicht, mit dem deutschen Privatrechte und der Praxis auch materiell (§ 1, 9 II, § 5) construieren wollen. Diesem Fehler leider einer blos formalen Construktion der Begriffe, einer bloßen Begriffsjurisprudenz dürfte in der That Ihering selbst noch verfallen sein, bevor er zur realistischen Methode übertrat, innerhalb deren er allerdings gleichfalls erst eine Construktion eines realen Rechts und ihrer materiellen Reformen hatte bethätigen müssen. Ein „reales" Arbeitsfeld z. B. war ja gerade hier die, auf vermeintlichem Boden einer blos vergangenen Geschichte der historischen Schule von Savigny aufgebaute, Musterlehre des Besitzes. Auch Ihering hat hier leider, wie alle unsere bisherigen aprioristischen Schulen, wieder begonnen, den Besitzbegriff nur wieder a priori aus der Vernunft (naturrechtlich) zu construieren. Auch er dürfte so noch zu einem real unhaltbaren Besitzbegriffe gelangt sein, (oben S. 248 ff.), ähnlich wie die historische Schule überhaupt, statt umgekehrt auf realem Boden empirisch induktiv aus den einzelnen nun einmal „gegebenen" Ausflüssen der positiven Rechtsquellen, aus den gesetzlich real bereits gegebenen Fällen des Besitzrechtes: des Lehensvasallen, canonischen Pfründebesitzes, dem reichsgesetzlichen Besitzrechte des Faustpfandes, Concursverwalters, aus den gewohnheitsrechtlichen Fällen des Besitzers unter suspensivem Eigenthumsvorbehalte 2c. 2c. den realen Begriff des heutzutage lebenden Besitzrechts empirisch induktiv erst zu folgern. Hätte Ihering nicht blos naturgeschichtlich, sondern, wie er später als nothwendig anerkannte, realistisch construiert, so hätte er so in ähnlicher Weise alle positiven Neubildungen von der Art des § 2 I 2 als quellengemäß berechtigte zur materiellen Construktion gleichfalls zulassen müssen, einschließlich des real lebenden, praktischen Besitzrechtes des Detentor. Sonst kann das heutige real geltende Recht nie real dargestellt werden! Deshalb dürfte zwar der Name naturhistorisch immerhin zum Theil berechtigt, aber nicht ausreichend sein! —

Um nun aber in der Zeit der Panik und der vollen Herrschaft der historischen Schule (oben S. 310) diesen gefahrbringenden Namen „praktisch" gleichfalls zu vermeiden, hat auch der Verf. früher der

Digitized by Google

Reihe nach eine wechselnde Anzahl von „Umschreibungen" dieses gefährlichen Wortes versucht. Keine aber dürfte ganz genügen! — Die erste, wohl die zahmste Umschreibung des Verf. selbst war in seiner Erstlingsschrift (Unters. über die heutige Schmerzengeldklage, 1860, S. 47) die, der Regeln des praktischen Rechts, soweit sie von den römischen und sonst überlieferten abweichen, mit „rein gemeinrechtlichen"; als Gegensatz somit zu dem „rein römischen" ꝛc. Rechte. Kaum bedarf es jetzt aber der Erwähnung, daß ja auch die historische Schule ihr rein römisches Recht gerade erst recht für das rein gemeinrechtliche, vielleicht für das reinste, gehalten haben wird! — Dann eine zweite Umschreibung, in des Verf. „praktischem Bedürfnisse der Rechtsreform" von 1865, versuchte das praktische Recht als ein rein empirisches zu kennzeichnen! Aber berief sich nicht auch Savigny auf die Empirie eines Baco, und glaubte nicht auch er schon der Erfahrung des Gegebenen Rechnung zu tragen, wenn er auch nur das Geistesschaffen des Naturrechts beseitigte; wenn er auch dabei freilich nur die Erfahrung der Ahnen, nicht eine wirkliche, nicht unsere eigne, heutige, quellengemäße zu Rathe zog? — In seinem weiteren Versuche ferner „Zur Kritik der heut. Negatarien- und Konf.-Klage, 1873", hat der Verf. im Anklange an Andere alsdann von einer „neueren historischen Schule" zu sprechen versucht. Richtig ist ja auch hier wieder, daß die Geschichte selbst ergibt, wie neben Geschichte auch noch Naturrecht gilt (§ 7 A 2), so daß also auch ein naturrechtliches neben einem geschichtlichen Rechte ein geschichtliches im weiteren Sinne ist. Aber bezeichnend wäre auch dies doch wohl nicht, weil sich die historische Schule immer als „Gegensatz zum Naturrecht" dachte! — Das erwähnte „praktische Bedürfnis der Rechtsreform" des Verf. von 1865 und, laut des Vorwortes, seit 1888 auch Ihering spricht seitdem von einer realistischen Methode oder Schule. Was aber ist real? In Wirklichkeit sollte ja doch auch dieser Ausdruck weniger: ausreichend bezeichnen, als umschreiben! — Das Gleiche gälte wohl von dem Ausdrucke induktive Schule: Wer induciert nicht auch ein oder das andere Mal? Selbst Savigny induciert hie und da. — Sollte man endlich gar so anmaßend sein, die Schule des lebenden praktischen Rechts als die allein „positive" zu bezeichnen? Das wäre ein lobendes Urtheil über die eigne Auffassung der Praxis. Und dem Verf. wäre es lieber, wenn dies am Ende aus den dargelegten Gründen andere finden würden, als der, wenn auch voll überzeugte Vertheidiger und Sachwalter eines praktischen Rechts zufolge negotiorum gestio! — Wollte man also absolut wenigstens eine deutsche Bezeichnung, so wäre die verhältnismäßig beste noch vielleicht, das Wort praktisch mit J. A. Seuffert mit „Rechtsanwendung" oder mit „lebendes Recht" zu bezeichnen. Allein auch das erstere Wort bezeichnet nicht, was angewendet wird. Ein „Leben" des Rechts allerdings müßte ja die vier materiellen Grundgesetze dieses praktischen Rechts: ein mechanisches Nebeneinanderbestehen von Geist und Körper,

Digitized by Google

wie dessen organisches Leben nach Zeit und Ort wohl in sich schließen! Aber die Quellengemäßheit? Was ist nicht schon alles als lebendes Recht „angewendet" worden, und was hat als Eintagsfliege „gelebt": Nicht auch die Routine? Nicht manche Philosophie? Auch ist das Wort „lebend" noch ebensowenig als Bezeichnung für praktisches Recht eingebürgert, und wieder wäre es wohl eine Anmaßung, wenn die eigene Copie des Lebens des Rechts, welche eine bloße Rechtsdarstellung sein soll, von sich behaupten würde, sie sei dem Urbilde „Leben" identisch! — Deshalb hat die Auffassung des unmaßgeblichen Verf. nur vorläufig, ohne sich damit noch einer besseren Belehrung verschließen zu wollen, keine „praktischere" Bezeichnung zu finden gewußt, als eben die Bezeichnung: „praktisches Recht" und „praktische Schule": Denn auch die Römer, selbst unsere deutschen Universitäten zur Zeit der Reception des römischen Rechts als mos Italicus, usus modernus waren ja Praktiker; und thatsächlich wenigstens wollen sie auch jetzt wieder das Präjudiz! Doch salvo meliori!

## § 9. Deutsche Civilgesetzgebung und praktische Rechtswissenschaft.

1. Unsere Lage auf legislativem Gebiete. — Eine praktische Rechtswissenschaft ist Vorbedingung jeder vollendeten Jurisprudenz. Sie wäre so gewiß auch schon die Voraussetzung einer vollendeten deutschen, Civilgesetzgebung gewesen! Man erzählt sich beispielsweise, daß dereinst beim Baue des Domes von San Marco die Republik Venedig keinem, von hoher See kommenden Schiffe den Eingang in die Ruhe ihres, von Stürmen unangefochtenen Hafens gestattete, welches nicht zu diesem mächtigen „Neubaue" irgend etwas beigesteuert hätte. Der Erwerb der bekannten Meisterwerke eines Lysippus und andrer Juwelen des Marcusdomes sollen die Frucht dieser Gepflogenheit gewesen sein: So ähnlich hätte auch unsere sogenannte deutsche Gelehrten-Republik (wie unsere Großväter gesagt), keiner juristischen Schrift, welche auf der Höhe unserer Litteratur auftauchte, eine Zulassung zu ihrem Hafen, zur befriedigenden Aufnahme gestatten sollen, welche nicht gleichfalls bereit gewesen wäre, zu unserem nationalen Neubaue, zu dem Dombaue unseres nationalen Rechts nach besten Kräften irgend einen litterarischen Zoll beizutragen: Zu einem lange ersehnten Gesetzbuche, welches berufen ist, aus dem dereinst classischen und lebenswahren römischen Civilrechte die, bei jedem vergangenen Rechte unvermeidlichen Antiquitäten endlich zu entfernen, wie solche aus dem mittelalterlichen Strafrechte dereinst bereits eine Carolina und dann wieder die Reformen Feuerbach's beseitigten! Welches berufen ist, dies dereinst classische Recht mit unserem lebenden gemeinen und Partikularrecht zu vermählen, wie dereinst ein Justinian gemeines jus gentium und partikulares jus proprium civitatum vereinigte! So hätte es auch unsere Rechtswissenschaft halten müssen, wenn sie jetzt ein vollendetes Gesetzbuch haben wollte! Mit Recht hat deshalb, wie schon erwähnt, unlängst

Digitized by Google

u. a. auch Baron (Ihering's Jahrb. Bd. 29, 1890, S. 243) treffend darauf hingewiesen, wie wenig doch unsere nationale Civilgesetzgebung durch eine Wissenschaft vorbereitet sei: im Vergleiche beispielsweise zur Codifikation unserer Strafgesetzgebung! Der Grund? Im Strafrechte herrschte nie das Recht einer gesammten „Vergangenheit" einer antiquarischen historischen Rechtsschule! Dort war selbst auch noch vor den jüngsten Gesetzgebungen durch Praktiker zur Zeit Mittermaiers und anderer die Tagesfrage des heutigen Rechtslebens vor der wissenschaftlichen Litteratur als berechtigt anerkannt und, zuvor kritisiert, überlegt, geschweige das überlieferte Dogma. Dort nützte, wie zu § 1, Ziff. 5 I gezeigt, unbewußt dereinst sogar die extreme Naturrechtsschule, durch die Praxis reguliert, der lebenden Geschichte in eben dem Maße, in welchem jetzt die, im Civilrechte allein unsere Litteratur beherrschende, extreme historische Schule uns schädigte; so daß es noch weit leichter gewesen wäre, am Ausgange einer Herrschaft der Naturrechtsschulen, zu Anfang unseres 19. Jahrhunderts, zur Zeit eines Feuerbach, Thibaut, Gönner, ein geschichtlich lebendes, lebenswahres und brauchbares Civilgesetzbuch zu schaffen, als an dem Ausgange der Herrschaft der Antiquitäten einer unglückselig doktrinären Schule, welche wähnte, daß das lebende Recht nur in der gesammten Vergangenheit gegeben sein könne. Zwar ist ja, wie gesagt, auch dies Naturrecht ein Extrem; zwar kann man auch kein Recht aus Vernunft allein „machen": ohne Achtung einer Geschichte! Aber dies hinderte ja, wie schon (§ 1, 5 1) erwähnt, nicht, daß das Naturrecht, indem es vermeintlich nur vernünftiges Recht wollte, (nach dem vielfach wahren Satze Hegel's etwa: was vernünftig, das ist wirklich,) sehr häufig nichtsdestoweniger nur auf die allein positive, „lebende Geschichte" stieß; und wo dies nicht der Fall, da konnte es ja noch immer durch die Praktiker der Ministerien und Volksvertretungen corrigiert werden, und so mit ihrer Schaffenskraft ein brauchbares Civilgesetzbuch eines geschichtlich lebenden Rechts resultieren! — — Die zur Herrschaft in der Civilrechtslitteratur gelangte historische Schule des Rechts einer gesammten Vergangenheit aber: was that seitdem diese, um ein nationales Civilgesetzbuch vorzubereiten: eines Rechts, welches lebt? Nichts! Nur Hindernisse aller Art hat sie bereitet! Diese romantische Schule schloß, politischen Utopien nachjagend (§ 1, 4 II), einmal die Vorbereitung: die Darstellung des lebenden, geltenden Rechts, die Reform des Veralteten durch eine dogmatische Wissenschaft, die Tagesfrage der Praxis, als eine unwissenschaftliche! weil nicht in der gesammten historischen „Vergangenheit" gegebene, von jeder wissenschaftlichen Litteratur aus und lehrte „vergangenes", zum Theil todtes „rein römisches" ꝛc. Recht. Das sanktionierte ja der Gründer der historischen Schule, Hugo, auch noch ausdrücklich durch sein traurig berühmtes Diktum: eine Rechtsdarstellung habe umsomehr „wissenschaftlichen" Werth, je weniger sie „praktischen" habe! Mit Grund hat ja das Haupt der Schule, Savigny, dereinst jedes Recht um seine

Digitized by Google

Herkunft befragt, und bis in seine Vergangenheit zurückverfolgt; dies schult auch legislativ den Gesichtskreis an dem Anblicke der Formen (§ 4 B) eines classischen Rechtsbaues, und zeigt die Brauchbarkeit des Vergangenen für das Lebende. Aber, wenn dies geschehen: die Hauptsache? Vor dem Verständnisse der Entwicklung und Geltung eines Rechtes: gerade im punctum saliens der Geschichte, — vor der eigentlich entscheidenden Hauptfrage: was dann? wie lebt und gilt das Recht zufolge der positiven Rechtsquellen heutzutage: — da ist fast jede Schrift der eigentlichen doktrinären historischen Schule stehen geblieben, ohne sie zu lösen! Da läßt die historische Schule: Leben, Praxis, Gesetzgebung rathlos stehen, (so daß, nach einem Volksausdrucke, ihre Monographien ausgehen, wie ein Hornberger Schießen; so daß niemand weiß, wie er jetzt im Rechte daran ist)! Wie hätte denn eine solche Schule eine Gesetzgebung vorbereiten sollen? Fragen wir uns direkt: was vermöchte ein heutiger Gesetzgeber selbst mit den berühmtesten, heutig angeblich positiven Monographien dieser historischen Schule anzufangen? Mit Savigny's Musterlehre beispielsweise vom Rechte des Besitzes (§ 2 IV, II), mit Albrechts Gewere? ꝛc. ꝛc. Wie solche „Musterlehren" direkt für ein heutiges Gesetzbuch verwenden? So ist die positive Vorbereitung unserer Civilgesetzgebung durch diese romantische Doktrin wohl gleich Null. Die Schädigungen im Gegentheil infolge einer fanatischen Verfolgung und Verhinderung aber, selbst der positiven Darstellung eines lebenden, berechtigteren Rechts, welche gleichfalls eine Redaktion eines Civilgesetzbuches vorbereitet haben würde, durch antiquiertes Recht sind unersetzlich! — Und zweitens, die Durchführung vollends auf legislativem Gebiete selbst: Hat hier die eigentliche historische Schule ihren tief schädigenden Antiquitäten (§ 4 A) zu Liebe nicht vollends den Beruf unserer Zeit zu einer generellen Gesetzgebung überhaupt von Schulwegen und im Principe schon überhaupt geleugnet? Hat sie da nicht den, der Schule Angehörigen auch noch den praktischen empirischen Sinn wie das Verständnis geraubt, mit welchem zuvor noch etwa unser Kreitmair, Suarez und andere uns beseelten? — — Und weil nun so ein Jahrhundert lang nahezu keine praktische, die Gesetzgebung vorbereitende wie unterstützende Civilrechtswissenschaft bei uns mehr bestand, mußte nicht die Ausführung unserer jetzigen nationalen Civilgesetzgebung seitdem geschädigt bleiben? Hunderte von einzelnen Instituten und Einzelfragen unseres Civilrechts wären seitdem durch das vergleichende Ringen einzelner Forscher mit dem realen heutigen Leben des Rechts praktisch zu klären gewesen: Statt dessen sollte diese drängende, versäumte Arbeit eines Jahrhunderts, welche dem Zusammengreifen der Jurisprudenz unserer Nation in Theorie und Praxis obgelegen wäre, jetzt, wie mit einem Schlage fabrikmäßig von einer Gesetzgebungscommission weniger Juristen nachgeholt, erschöpft werden können? Nachgeholt jetzt, in dem Momente, in welchem die Lampen unserer lebenden Rechtswissenschaft, gleich denen der klugen Jungfrauen, längst zum

Digitized by Google

Hochzeitszuge gefüllt, bereit stehen sollten? Diese Gesetzgebungscommission soll auf einmal nachholen, was die stagnierende, aprioristisch geblendete Wissenschaft der „thörichten Jungfrauen der historischen Schule" versäumt, das Oel, welches sie nur durch ein Jahrhundert hindurch aus den sich fortbewegenden lebenden Rechtsquellen zu schöpfen vermocht hätten! — — Wie schwer zeigten sich jetzt die Folgen einer blos academischen, d. i. für das Leben unbrauchbaren Behandlung des Rechts: „umsomehr wissenschaftlich, je weniger praktisch"!! Unsere Gesetzgebung wird so leider nicht alles nachholen können, was jene romantisch-fanatische Formenjurisprudenz versäumt, hintertrieben hat. Die Schuld aber an ihrem Mißlingen, die schwere Versündigung an dem Rechte unserer Nation: trifft diese doktrinär-historische Schule allein! Sie allein bleibe der Nation verantwortlich! Unsere Civilgesetzgebung wird weit bessere Zustände schaffen, als, die unserer bisherigen partikularen Rechtszerrissenheit. Ausreichen wird auch sie nicht, weil sie eine historisch romantische Schule zuvor geschädigt, nicht vorbereitet hat!

Welche Anforderung umgekehrt würde eine Schule des lebenden und praktischen Rechts an ein gutes Civilgesetzbuch stellen müssen? — Sehen wir jetzt ab von der gebieterisch nothwendigen Einigung unseres grundlos zerrissenen Partikularrechts, in welchem aus äußeren politischen Gründen, zur Machtstärkung zahlloser längst verschwundener Territorialherrn materiell grundlos und formal-juristisch unbeholfen die einheitlichen Gedanken des Rechts unserer Nation zerrissen wurden; (§ 5 III 1 S. 502—505). Sehen wir ferner ab von den, von Savigny selbst (S. 503 cf. § 6 II B c 1) als nothwendig anerkannten einzelnen Codifikationsfällen, etwa von den äußeren Wohlfahrtspolizeibestimmungen, von dem Schaffen etwa des Mechanismus eines modernen Grundbuchs, Hypothekenrechtes, Handelsrechts, seiner und sonstiger Register ꝛc. wie von der Gestaltung der sog. fixen, durch eine einheitliche Gesetzgebung allein darstellbaren Rechtsbestandtheile. Eine Gesetzgebung, welche aus einer praktischen Schule des Lebens des Rechts hervorgehen und ein lebendes Recht feststellen soll, wird, auch abgesehen von solchen Bestandtheilen, vor allem die Aufgabe zu erfüllen gehabt haben: die jeweilig lebende und sich durch die Jahrhunderte hindurch bewegende Geschichte unseres Rechts überhaupt unmittelbar aus diesem ihrem positiven Leben und seiner Entwicklung heraus, an der Hand aller unserer positiven Rechtsquellen so wahr und getreu zu spiegeln, wie dies weder eine blos geistig nivellierende, extrem aprioristische Naturrechtsphilosophie ohne alle Beachtung von gegebener Geschichte, noch ein aprioristisch gewähltes Recht einer gesammten Vergangenheit einer historischen Schule allein, sondern eben nur eine lebende quellengerechte Geschichte vermöchte. Dies „Leben" des Rechts ist aus seinen heutigen thatsächlichen Verhältnissen: aus der allgemeinen Ueberzeugung unseres Volkes, den Gewohnheiten und Uebungen, den Usancen seines Lebens und der,

Digitized by Google

dieses Leben, wenn richtig copierenden, Praxis nach classischer Römerart in ein materielles System zu fassen (Einleitung, S. 26 ff.) und dann erst von uns Juristen auch noch formell technisch zu begreifen oder zu Begriffen zu gestalten, i. e. es ist materiell und formell (§ 5) zu construieren! Die, aus dem dereinst praktischen römischen Rechte bisher noch fortlebenden Institute nun sind zwar so für sich bereits meisterhaft in dieser Weise construiert. Welche Wissenschaft aber, abgesehen von dem, gleichfalls nur zum Theil praktischen, zum Theil aber ein besonderes System alimentierenden, sog. deutschen Privatrechte, existierte, welche die lebenden, vielleicht die Hälfte des rein römischen Rechts praktisch modificierenden, heutigen Rechtsbestandtheile eines rein praktischen Rechts ausreichend construiert hätte. Die Pandekten der Uebergangsperiode eines Windscheid, welcher noch immer nur nach manchem Widerstreben den Buchstaben der Praxis aufnahm, welche das positive Präjudiz bereits mühsam herausgearbeitet, eine Theorie, welche so in der That dem Leben der Praxis nur unwillig nachhinkt, während sie vollends an einem eigenen, selbstthätigen induktiven Suchen und Finden solch' lebenden Rechts noch ein theoretisch festgehaltenes, dies verbietendes Grundprincip einer historischen Schule mit der Basis eines Rechts der „Vergangenheit" hinderte? (§ 3 IV, 3 u. 4). Noch jetzt findet sich so das lebende Recht vielfältig als blos „faktisches" Material! juristisch an der Hand der positiven Rechtsquellen unconstruiert, in den Präjudizienssammlungen unseres deutschen Reichsgerichts, in Seufferts Archiv und Blättern für Rechtsanwendung ꝛc. zerstreut und nur wie unbewußt im Einzelnen vom Präjudiz angewendet, welches stillschweigend dem quellengemäßen Leben des Rechts entspricht. Dort aber finden sich vielleicht, juristisch unerkannt, noch so manche, oben so bezeichnete Archimedische Punkte des Rechts wie weggeworfen vor, welche die Keime der Entwicklung und Construktion so manchen lebenden Begriffs und Institutes enthalten, und von welchen Paulus uns sagt: aus dem jus, quod est, ist die Regel zu gestalten! Von ihnen hätte die Erfassung unseres nationalen Civilrechts ausgehen sollen, wie schon früher, unsere Praxis etwa, von dem einzelnen Falle des folternden Richters der Carolina ausgehend, das ganze Institut der generellen Schmerzengeldklage, wie sie neuerdings wieder von dem einen gesetzlichen Falle des Pfründenbesitzers des canon redintegranda oder dem Besitze des Vasallen ꝛc., ausgehend unser heutzutage unentbehrliches generelles, praktisches Besitzrecht des Detentor zu construieren versucht hat: Aus ähnlichen Beispielen des § 2 I 2 und dem sonstigen Inhalte des Präjudizes also sind jetzt noch immer neue Institute zu begreifen und ist die ratio unseres jetzt lebenden Rechts zu reconstruieren, wenn wir das heutige Leben des Rechts beherrschen, spiegeln und ein ausreichendes Gesetzbuch schaffen wollen. — — Aber ein Gesetzgeber, eine Commission kann doch Dutzende und Hunderte von solchen Instituten unmöglich, wie gesagt, wie ein Forscher erst, in einer Gesetzgebungscommission aus dem



Digitized by Google

Aermel schütteln, construieren und ausbauen! Solche Institute und Regeln bedürfen Zeit: Sie bedürfen einer vorbereitenden Monographie: Und eine einzelne solche Monographie setzt ja hie und da doch die Forschung eines ganzen Menschenlebens voraus! Denn wieviele unserer berühmtesten Juristen selbst haben je ein ganzes Leben lang viel mehr, als eine solche Monographie zu Tage gefördert? Auch unsere Historiker haben kaum mehr geleistet, als: ein Savigny seinen Besitz, ein Puchta sein Gewohnheitsrecht, ein Windscheid seine actio und Voraussetzung! Diese Spiegelung also des Lebens des Rechts mußte so durch eine praktische Wissenschaft ganz anders für eine Gesetzgebung durch ein Jahrhundert vorbereitet sein, damit diese endlich die einzelnen dargestellten Institute nur wie eine reife Frucht pflücken und ihnen durch sein Gesetzbuch Halt gewähren kann. Das fordert ein Princip, eine Schule des lebenden und praktischen Rechts!

Wenn nun also zu solchen vorbereitenden lebensvollen Construktionen, wie gesagt, die bisher herrschende historische Schule unserer Doktrin speciell mit ihrem Rechte einer gesammten Vergangenheit nicht befähigt war, wenn sie im Gegentheil die Ermittlung des geschichtlichen Lebens des Rechts der Gegenwart durch unsere Praxis, als eine vermeintlich unhistorische, aggressiv und fanatisch! hinderte, wenn ihr das lebende Recht höchstens noch faktisches Material war, welches die alte Schule nicht zu construieren verstand: so ist ein Nachholen jetzt nicht mehr möglich! — — Was also jetzt? — — Deshalb wird jetzt wohl auch unsere diesmalige Civilgesetzgebung, vielfach unvorbereitet, nicht in den Stand gesetzt sein, dem Rechtsleben unseres Volkes stets tiefere Impulse, ausreichend Licht, Luft und Ozon zu gewähren (§ 4 a. A.). Deshalb wird die diesmalige Gesetzgebung darauf verzichten müssen, das momentane Rechtsleben erschöpfend oder doch durchweg, soweit sonst möglich, vollendet zu spiegeln! Ihr Hauptstreben kann sich vielmehr jetzt nur darauf beschränken und concentrieren, wenigstens das hohe Gut der Einheit bei dem bereits überlieferten und gleichfalls grundlos zerrissenen Rechte: aus seiner grund- und sinnlosen, willkürlichen partikularen Zerrissenheit trotz seiner einheitlich lebenden Gedanken, zu erretten: Einmal also die Partikularrechte mit ihrem überlieferten germanistischen Inhalte zu einigen; dann wenigstens die wenigen, bisher ausgebauten Neubildungen des Lebens und der Praxis von der Art des § 2 I 2 juristisch festzustellen, die übrigen, soweit dieselben bekannt, vielleicht nur in ihrem faktischen Materiale aufzunehmen, und diese so wenigstens vor dem ferneren Ankämpfen des „historischen" Unverständnisses unserer aprioristischen historischen Schule zu retten. Damit hat unsere Gesetzgebung das, ihr jetzt Mögliche vollauf gethan und den Dank des Vaterlandes verdient! Eine Gefahr für unsere Gesetzgebung wäre es jetzt, wenn sie jetzt einen, ihr absolut unmöglichen Ausbau selbst unternehmen und sich im Detail verlieren würde; dieses besorgt, sobald nur einmal die Institute nach § 2 I 2 gegen blindes Anstürmen fest-

Digitized by Google

gestellt sind, Praxis und Wissenschaft an der Hand der Anschauung des einzelnen praktischen Falles weit besser! Jetzt wird sich eine gründliche Lösung solcher Aufgaben, vorbereitet durch eine praktische Wissenschaft, vielleicht mehrfach nur auf anderem Wege erreichen lassen. Einmal, wie im Vorworte zu 3 erwähnt, durch eine bessere realistische oder praktische Wissenschaft selbst; ähnlich, wie die classische römische Jurisprudenz vor Justinian durch Jahrhunderte hindurch keiner generellen Codifikation bedurfte. Zweitens durch eine fragmentarische Gesetzgebung, wie solche bisher selbst nach jeder allgemeinen Gesetzgebung niemals entbehrt werden konnte. Z. B. selbst auf die Justinianische Gesetzgebung wie auf die Feuerbachs folgten alsbald Novellen! Doch davon unter Ziff. 3. — Hier kehren wir auch auf legislativem Gebiete zuvor wieder zu Beispielen des praktischen Rechts zurück, um auch deren legislative Behandlung zu ersehen! Freilich ist auch hier eine Besprechung in einer eigenthümlichen Lage! Unsere Civilgesetzgebung ist in einem Fortschreiten begriffen. Was während der Vollendung dieses, sechs Jahre in Anspruch nehmenden Werkes wie während des Druckes noch besprochen werden kann, kann im nächsten Momente gegenstandslos sein! Aber es ist auch hier nicht beabsichtigt, eine Kritik unserer deutschen Civilgesetzbuchs-Entwürfe zu unternehmen; vielmehr soll nur an wenigen Beispielen gezeigt werden, ob und wie dereinst ein, durch eine praktische Wissenschaft gepflegtes Studium des Lebens und der Bewegung des Rechts noch auch durch andere, bessere Juristen einer Gesetzgebung wird vorarbeiten können und müssen, so daß diese dereinst nur die reifen Früchte einer Wissenschaft leicht fixieren wird. Deshalb ist es gleichgültig, wenn die, hier berührten Verhältnisse durch die Ereignisse überholt werden! Deshalb revidieren wir vom Standpunkte der Gesetzgebung auf empirischer Grundlage immerhin Beispiele, soweit sich dieselben im Momente des Augenblicks beurtheilen lassen!

2. Beispiele. — Eine lebenswahre Gesetzgebung muß die jüngsten, momentanen Bewegungen oder Aenderungen des „Lebens" des Rechts fixieren. Nach § 2 II a ändert sich das Recht dreifach: Einmal mit den, sich ändernden thatsächlichen Verhältnissen. Zweitens mit den geistigen Ideen oder Ueberzeugungen des ganzes Volkes. Drittens mit dem technischen Begreifen der Rechtskundigen. Sehen wir, wie diese Aenderungen den Gesetzgeber berühren. — Die dritte Aufgabe, namentlich die Definition des Rechtes, ist principiell überhaupt der Wissenschaft allein vorbehalten, (§ 6 II B c 2) nicht Sache des Gesetzgebers! Die Römer besagen dies mit dem Satze: omnis definitio in jure civili periculosa. Wenigstens soll man nicht bloße Theorien gesetzlich fixieren! — Die zweite Aufgabe dagegen, dem Umschwunge der geistigen Ideen zu folgen, fordert schon erheblichere Vorbereitungen für den Gesetzgeber. Sehen wir von den älteren Beispielen des § 2 S. 195 f., Beseitigung der Sklaverei ꝛc., ab. Auch in der Neuzeit kann der Gesetzgeber vielleicht manchen Umschwung der



Digitized by Google

Ueberzeugungen zum Reifen bringen und dem Rechte legislativ zum Gleichmaße einer ratio verhelfen. — Hier etwa zwei Beispiele, in welchen vielleicht eine bisher noch nicht ausgegohrene Rechtsidee einen Umschwung der Ueberzeugung in einem mehr rationellen Principe zulassen kann und Vorbereitungen für die Gesetzgebung fordert. Die modernen Reichsunfallversicherungsgesetze beispielsweise bieten bereits vielleicht für unser heutig lebendes Recht gleichfalls einen berechtigten Grund zu einer Regel, welche entweder gleichmäßig gebilligt oder gleichmäßig verworfen werden sollte. Während das römische Recht nämlich den Satz aufstellt: casum sentit dominus oder überhaupt den Schaden fühlt der, welchem eben das beschädigte Recht bisher zusteht, statuiert die Reichsunfallversicherung und ihre nachfolgenden Reichsgesetze vereinzelt auch schon den Satz, daß bei gefahrvollen Unternehmungen diesen Schaden der Verunglückte nicht allein zu tragen habe, sondern daß im Principe, durch eine mögliche Haft- oder doch Versicherungspflicht wenigstens, der mitzutragen hat, welcher das gefährdende Unternehmen veranlaßt; ja selbst der, zu dessen Gunsten und Vortheile der Arbeiter beschäftigt ist, welcher eben den Schaden oder die Krankheit ꝛc. erleidet: cujus commoda, ejusdem incommoda! Schließt dieser gewordene sociale Rechtssatz nicht eine generelle petitio principii in sich, welche zufolge ihrer ratio allgemeine, entweder Verwerthung oder Verwerfung fordert? Vorausgesetzt natürlich, daß der Verletzte die Beschädigung nicht erst durch eigenen dolus oder culpa herbeigeführt hat; z. B. bei Selbstmordversuchen in solchen Unternehmungen ꝛc. — Ein zweites Beispiel. Das deutsche Mobiliarrecht behandelt zufolge des Satzes: Hand muß Hand wahren, Mobilien wie fungible Sachen, sobald sie der Besitzer einmal aus der Hand gelassen. Das römische gemeine Recht nun kennt diesen Satz nicht, während ihn beispielsweise art. 306 und 307 des d. Handels.-Ges.-B. bereits adoptiert hat. In dieser Fassung erscheint der Satz also offenbar als eine singuläre Bestimmung, als ein Prilegium des Handels allein gegen Eviktion. Die ratio wird sich also dereinst vielleicht zu überlegen haben, ob dies Ausnahmsrecht zum gemeinen Rechte erhoben oder gestrichen oder in Regel und Ausnahme gekleidet werden soll! So kann vielleicht eine Veränderung von Ueberzeugungen des Volkes schon das Eingreifen eines Gesetzgebers veranlassen! — Den wohl häufigsten Fall aber endlich einer Inanspruchnahme der Thätigkeit eines Gesetzgebers wird der ersterwähnte Fall bieten: die Veränderung der thatsächlichen Verhältnisse oder vollends die Entstehung neuer Objekte des Rechts, welche jetzt neue Rechtsformen erfordern (§ 2 S. 194 f.). Seine Aufgabe besteht alsdann eben darin, daß er diese neu erkeimenden geschichtlichen Institute, diese Neubildungen des Lebens und der Praxis nach Art des § 2 I 2, beachtet, und ihnen, namentlich zufolge dieser positiven Bewegungen des Lebens, gegenüber einer sie störenden, historisch antiquarischen Doktrin, welche sie bekämpft, zur Stabilität verhilft.

Digitized by Google

Im Allgemeinen hat durch seine Constructionsversuche unserer drei altgewohnten Beispiele (S. 162 f.) auch der, in der Einleitung (Ziff. 2 S. 33 ff.) erwähnte, kleine Kahn des Verf. schon seit einem Menschenalter versucht, dem Dombaue unserer nationalen Civilgesetzgebung gleichfalls einen, im Eingange dieses Paragraphen erwähnten litterarischen Zoll abzustatten. Sehen wir nun, wieweit bisherige Anregungen und Weiterbildungen hier unseren Civil-Gesetzbuchs-Entwürfen einen legislativen Dienst zur Erreichung unserer Hauptziele nach § 1 Ziff. 1 und 2 zu leisten vermochten: zur Feststellung unseres lebenden Rechts und zur Einigung von Wissen und Leben!

Das erste Beispiel, das vom Verf. 1860 untersuchte heimische Schmerzengeld ist in § 728 (721) des ersten und § 770 des zweiten deutschen Civil-Gesetzbuch-Entwurfes namentlich auf der Grundlage der Vorbereitungen und Weiterbildungen Wächter's als Ersatzklage mit wenigen Worten völlig genügend und wohlthätig festgestellt. Eines weiteren Ausbaues bedarf hier das Rechtsleben im Gesetzbuche nicht. Soweit die Entwürfe hier nicht specielle casuistische Bestimmungen über Cession und Erbgang festsetzen, sind eben jetzt für dieses besondere Rechtsinstitut (§ 5 S. 523 und 519) einfach die Bestimmungen der actio l. Aquiliae analog anzuwenden. Diese Redaktion genügt ebendeshalb vollständig. Hier also ist das Ziel der Feststellung dieses, früher immerhin unklaren, lebenden und praktischen Instituts sowohl, als der Einigung von Theorie wie Praxis durch Vorarbeiten einer praktischen Wissenschaft in wohlthuendster Weise vollständig erreicht, und allen weiteren Ausbau besorgen jetzt die beiden letzteren mit spielender Leichtigkeit!

Das zweite, uns durch diese Untersuchungen treu begleitende Beispiel eines Unverständnisses des Lebens seitens der historischen Rechtsschule ist deren unwahre Musterlehre, deren sogenanntes Besitzrecht! Die „Unmöglichkeit" des bisherigen, nach Art des Naturrechts von Savigny nur a priori „gemachten" Schachtelbegriffs: Recht „des (faktischen) Besitzes", ein Recht, welches aus einem Faktum, aus einer Thatsache des corpus mit animus domini allein entstehen sollte, haben unsere Untersuchungen bereits oben § 2 IV II darzulegen versucht. Die jetzige Anschauung innerhalb unserer Jurisprudenz fristet denselben Begriff Savigny's gleich unhaltbar fort, als: den „gegen unerlaubte Eigenmacht geschützten (faktischen) Besitz". Dieser Schachtelbegriff Savigny's, wie erwähnt, enthält namentlich zwei, allein reale Institute, welche durch diesen zu weiten Begriff nur verkannt werden, und deren Ausscheidung eben zufolge § 2 IV II sich als unentbehrlich erweisen wird, nämlich: — 1. das faktische Eigenthum, dessen Realität die Römer in ihrer possessio begriffen haben. Das Eigenthum nämlich, welches durch faktische Eigenthumsausübung (corpus und animus domini) allein schon entsteht, und welches dann mindestens relativ oder gegenüber jedem Dritten, nicht besser Berechtigten (adversus ceteros oder extraneos), nicht selten aber auch absolut, als

Digitized by Google

rechtmäßiges Eigenthum, geschützt wird. Auch heute noch ist dies faktische Eigenthum der römischen possessio unentbehrlich! Z. B. bei Grundstücken, trotz Grundbuch, da, wo ein, nicht in das Grundbuch Eingetragener das Recht auf Erwerb des Grundstückes hat. So, wenn der, im Grundbuch Eingetragene gestorben und sein Erbe oder Erbesprätendent das Eigenthum ausübt. Oder da, wo der, im Grundbuch Eingetragene seinen Eintrag nur durch Betrug erwirkt hat, etwa dadurch, daß ein Gehilfe sich vor dem beurkundenden Beamten fälschlich unter Beiziehung falscher Beurkundungszeugen ꝛc. als der im Grundbuch Eingetragene ausgibt und die Umschreibung auf einen Betrüger erwirkt, während der frühere Eigenthümer das Eigenthum noch faktisch ausübt. Der faktische Eigenthümer wird da mindestens gegenüber „Dritten" noch immer als solcher faktischer Eigenthümer (possessor) zu schützen sein, auch solange sein Rechtsverhältnis zu dem im Grundbuch eingetragenen, nicht faktisch das Eigenthum ausübenden Betrüger noch nicht geordnet ist. Ebenso ferner bei Mobilien. Hier ist dieses faktische Eigenthum der römischen possessio auch heute noch sogar häufig „rechtmäßiges" Eigenthum! Z. B. bei der Besitzergreifung in der Absicht des Eigenthumserwerbes an einer res nullius oder res derelicta, beim Fruchterwerb, bei Accession, Specifikation, commixtio, confusio etc. Bei bloßer putativer causa aber oder bei bloßer causa possessionis (bloßem corpus und animus domini, possession vaut titre) ist dies faktische Eigenthum gleichfalls stets wenigstens relatives Eigenthum: entweder Publicianisches oder plus juris der Interdikte! — 2. Das zweite in dem Schachtelbegriffe von Savigny's „Recht des Besitzes" enthaltene wirkliche, geschichtliche Rechtsinstitut ist: Das germanische und heutige Besitzrecht des bloßen Detentor an einer fremden Sache ohne animus domini, das jus in re aliena, welches in Deutschland von jeher geschichtlich gelebt hat: So als Besitz des Lehensvasallen, des canonischen Pfründebesitzers, Mark- oder Gemeindegenossen an unvertheiltem Genossenschaftseigenthum, des Besitzers unter suspensivem Eigenthumsvorbehalte, Faustpfandbesitzers, des Retentionsberechtigten ꝛc. Es ist dies nur ein jus in re, die fremde Sache auf die Dauer einer solchen causa faktisch zu besitzen oder innezuhaben. (Auch Savigny erkennt dies Besitzrecht ohne animus domini an: in der germanisch mißverstandenen sogenannten abgeleiteten possessio des precarium, sequester etc., welche aber in der Auffassung Savigny's mit der übrigen possessio ewig unvereinbar verbleibt!)

Bekanntlich hat nun, wie oben zu § 4 A ausgeführt, Savigny durch die Zusammenschachtelung dieser beiden grundverschiedenen Rechte im Rechtsleben schweren Schaden gestiftet! Er subsumierte einfach das heutige Detentionsrecht ohne animus domini unter 2 allgemein unter das römische faktische Eigenthum der possessio animo domini. Da aber jenes niemals animus domini hatte und haben durfte, so ward dasselbe durch diese Einschachtelung unter diese römische possessio, welche animus domini fordert, stets rechtlos und zertreten, (die eben-

Digitized by Google

erwähnten wenigen, nach römischen Begriffen irrthümlich als Detentionsrecht aufgefaßten Fälle der vermeintlichen abgeleiteten römischen possessio abgerechnet). Dieses ganze übrige heimische Detentionsrecht nun wurde von Savigny zertreten, obwohl es noch heute vielleicht den größten Theil unseres Grundbesitzes regelt! (§ 4 A, S. 388—393.) Des Verfassers Streben vom Standpunkte des realen, lebenden und praktischen Rechts aus, war daher von Anfang an, seit 1865 (Litteratur: Note* der Seite 226) darauf gerichtet, dies unentbehrliche, praktisch lebende heutige Gewohnheitsrecht des Detentors aus den vernichtenden Klauen des romanistischen Doktrinarismus der historischen Schule zu retten; denn seit Savigny konnte dasselbe sich nur mühsam noch durch praktische Partikulargesetzgebungen, durch das preußische Landrecht eines Suarez, das bayerische Landrecht eines Kreitmayr, trotz aller seiner Lebenswahrheit gegen die doktrinäre Schule behaupten! Was in den schwachen Kräften des Verfassers lag, versuchte er seit 1865, laut der Note der Seite 226, zur Rettung zu thun; namentlich seine Schrift „Das heutige positive und nationale Besitzrecht in seiner Unabhängigkeit von der römischen possessio", Berlin, Guttentag 1880, versuchte hier laut ihres Titels schon: „zugleich eine Denkschrift für die kommende Civilgesetzgebung". Daß diese Versuche des vereinzelten, als solcher ohnehin der periodischen rein wissenschaftlichen Litteratur in Deutschland fast beraubten Praktikers noch nicht vollen Erfolg haben konnten, ist bei der Uebermacht der doktrinären historischen Schule glaublich. Dies Institut bedarf daher zur Zeit noch eines, für das Leben nothwendigen und wohlthätigen Ausbaues!

In einem Punkte unterlagen ebendeshalb leider auch unsere beiden deutschen Civilgesetzgebungsentwürfe von 1888 und 1894 noch dem Doktrinarismus der historischen Schule nothwendig. Auch sie nahmen noch den unrealen Schachtelbegriff von Savigny's Recht „des Faktums" oder „des Besitzes" in der Fassung der jetzigen Mode, als „Schutz des Besitzes gegen verbotene Eigenmacht" in sich auf. (Z. B. Motive zu d. Entwurf e. b. G.-B. 1888 Bd. III S. 127, 129 ꝛc.) Um die Frage nicht zu verwirren, dürfen wir aber das, mehr nebensächliche, beschränkende Requisit der verbotenen Eigenmacht getrost hinwegdenken; denn Savigny's Schutz eines bloßen Faktums oder faktischen Besitzes allein und an sich schon ist eine rechtlich unrettbare Utopie; es ist principiell unreal und unwahr, daß jedes Faktum und jeder faktische Besitz an sich schon, auch ohne Recht, geschützt wird; (cf. außer § 2 IV, II auch S. 543—544.) Denn, wo er geschützt wird, liegt ein anderes, specielles, reales Rechtsinstitut zu Grunde, als das unklare, viel zu allgemeine: „Recht des Besitzes", welches zu allgemein und ungenügend ist, um ein specielles Recht zu bezeichnen, weil es ein Dutzend Rechte bezeichnen kann! (Oben § 2 S. 244—245.) — Was nun Savigny selbst mit diesem utopischen Begriffe bezeichnen wollte, sind nur die von ihm mißverstandenen zwei obigen Rechte: das faktische Eigenthum der römischen possessio und das germanische

Digitized by Google

Reihe nach eine wechselnde Anzahl von „Umschreibungen“ dieses gefährlichen Wortes versucht. Keine aber dürfte ganz genügen! — Die erste, wohl die zahmste Umschreibung des Verf. selbst war in seiner Erstlingsschrift (Unterss. über die heutige Schmerzengeldklage, 1860, S. 47) die, der Regeln des praktischen Rechts, soweit sie von den römischen und sonst überlieferten abweichen, mit „rein gemeinrechtlichen“; als Gegensatz somit zu dem „rein römischen“ ꝛc. Rechte. Kaum bedarf es jetzt aber der Erwähnung, daß ja auch die historische Schule ihr rein römisches Recht gerade erst recht für das rein gemeinrechtliche, vielleicht für das reinste, gehalten haben wird! — Dann eine zweite Umschreibung, in des Verf. „praktischem Bedürfnisse der Rechtsreform“ von 1865, versuchte das praktische Recht als ein rein empirisches zu kennzeichnen! Aber berief sich nicht auch Savigny auf die Empirie eines Baco, und glaubte nicht auch er schon der Erfahrung des Gegebenen Rechnung zu tragen, wenn er auch nur das Geistesschaffen des Naturrechts beseitigte; wenn er auch dabei freilich nur die Erfahrung der Ahnen, nicht eine wirkliche, nicht unsere eigne, heutige, quellengemäße zu Rathe zog? — In seinem weiteren Versuche ferner „Zur Kritik der heut. Negatorien- und Konf.-Klage, 1873“, hat der Verf. im Anklange an Andere alsdann von einer „neueren historischen Schule“ zu sprechen versucht. Richtig ist ja auch hier wieder, daß die Geschichte selbst ergibt, wie neben Geschichte auch noch Naturrecht gilt (§ 7 A 2), so daß also auch ein naturrechtliches neben einem geschichtlichen Rechte ein geschichtliches im weiteren Sinne ist. Aber bezeichnend wäre auch dies doch wohl nicht, weil sich die historische Schule immer als „Gegensatz zum Naturrecht“ dachte! — Das erwähnte „praktische Bedürfnis der Rechtsreform“ des Verf. von 1865 und, laut des Vorwortes, seit 1888 auch Ihering spricht seitdem von einer realistischen Methode oder Schule. Was aber ist real? In Wirklichkeit sollte ja doch auch dieser Ausdruck weniger: ausreichend bezeichnen, als umschreiben! — Das Gleiche gälte wohl von dem Ausdrucke induktive Schule: Wer induciert nicht auch ein oder das andere Mal? Selbst Savigny induciert hie und da. — Sollte man endlich gar so anmaßend sein, die Schule des lebenden praktischen Rechts als die allein „positive“ zu bezeichnen? Das wäre ein lobendes Urtheil über die eigne Auffassung der Praxis. Und dem Verf. wäre es lieber, wenn dies am Ende aus den dargelegten Gründen andere finden würden, als der, wenn auch voll überzeugte Vertheidiger und Sachwalter eines praktischen Rechts zufolge negotiorum gestio! — Wollte man also absolut wenigstens eine deutsche Bezeichnung, so wäre die verhältnismäßig beste noch vielleicht, das Wort praktisch mit J. A. Seuffert mit „Rechtsanwendung“ oder mit „lebendes Recht“ zu bezeichnen. Allein auch das erstere Wort bezeichnet nicht, was angewendet wird. Ein „Leben“ des Rechts allerdings müßte ja die vier materiellen Grundgesetze dieses praktischen Rechts: ein mechanisches Nebeneinanderbestehen von Geist und Körper,

Digitized by Google

wie dessen organisches Leben nach Zeit und Ort wohl in sich schließen! Aber die Quellengemäßheit? Was ist nicht schon alles als lebendes Recht „angewendet" worden, und was hat als Eintagsfliege „gelebt": Nicht auch die Routine? Nicht manche Philosophie? Auch ist das Wort „lebend" noch ebensowenig als Bezeichnung für praktisches Recht eingebürgert, und wieder wäre es wohl eine Anmaßung, wenn die eigene Copie des Lebens des Rechts, welche eine bloße Rechtsdarstellung sein soll, von sich behaupten würde, sie sei dem Urbilde „Leben" identisch! — Deshalb hat die Auffassung des unmaßgeblichen Verf. nur vorläufig, ohne sich damit noch einer besseren Belehrung verschließen zu wollen, keine „praktischere" Bezeichnung zu finden gewußt, als eben die Bezeichnung: „praktisches Recht" und „praktische Schule": Denn auch die Römer, selbst unsere deutschen Universitäten zur Zeit der Reception des römischen Rechts als mos Italicus, usus modernus waren ja Praktiker; und thatsächlich wenigstens wollen sie auch jetzt wieder das Präjudiz! Doch salvo meliori!

## § 9. Deutsche Civilgesetzgebung und praktische Rechtswissenschaft.

1. Unsere Lage auf legislativem Gebiete. — Eine praktische Rechtswissenschaft ist Vorbedingung jeder vollendeten Jurisprudenz. Sie wäre so gewiß auch schon die Voraussetzung einer vollendeten deutschen, Civilgesetzgebung gewesen! Man erzählt sich beispielsweise, daß dereinst beim Baue des Domes von San Marco die Republik Venedig keinem, von hoher See kommenden Schiffe den Eingang in die Ruhe ihres, von Stürmen unangefochtenen Hafens gestattete, welches nicht zu diesem mächtigen „Neubaue" irgend etwas beigesteuert hätte. Der Erwerb der bekannten Meisterwerke eines Lysippus und andrer Juwelen des Marcusdomes sollen die Frucht dieser Gepflogenheit gewesen sein: So ähnlich hätte auch unsere sogenannte deutsche Gelehrten-Republik (wie unsere Großväter gesagt), keiner juristischen Schrift, welche auf der Höhe unserer Litteratur auftauchte, eine Zulassung zu ihrem Hafen, zur befriedigenden Aufnahme gestatten sollen, welche nicht gleichfalls bereit gewesen wäre, zu unserem nationalen Neubaue, zu dem Dombaue unseres nationalen Rechts nach besten Kräften irgend einen litterarischen Zoll beizutragen: Zu einem lange ersehnten Gesetzbuche, welches berufen ist, aus dem dereinst classischen und lebenswahren römischen Civilrechte die, bei jedem vergangenen Rechte unvermeidlichen Antiquitäten endlich zu entfernen, wie solche aus dem mittelalterlichen Strafrechte dereinst bereits eine Carolina und dann wieder die Reformen Feuerbach's beseitigten! Welches berufen ist, dies dereinst classische Recht mit unserem lebenden gemeinen und Partikularrecht zu vermählen, wie dereinst ein Justinian gemeines jus gentium und partikulares jus proprium civitatum vereinigte! So hätte es auch unsere Rechtswissenschaft halten müssen, wenn sie jetzt ein vollendetes Gesetzbuch haben wollte! Mit Recht hat deshalb, wie schon erwähnt, unlängst

Digitized by Google

u. a. auch Baron (Ihering's Jahrb. Bd. 29, 1890, S. 243) treffend darauf hingewiesen, wie wenig doch unsere nationale Civilgesetzgebung durch eine Wissenschaft vorbereitet sei: im Vergleiche beispielsweise zur Codifikation unserer Strafgesetzgebung! Der Grund? Im Strafrechte herrschte nie das Recht einer gesammten „Vergangenheit" einer antiquarischen historischen Rechtsschule! Dort war selbst auch noch vor den jüngsten Gesetzgebungen durch Praktiker zur Zeit Mittermaiers und anderer die Tagesfrage des heutigen Rechtslebens vor der wissenschaftlichen Litteratur als berechtigt anerkannt und, zuvor kritisiert, überlegt, geschweige das überlieferte Dogma. Dort nützte, wie zu § 1, Ziff. 5 I gezeigt, unbewußt dereinst sogar die extreme Naturrechtsschule, durch die Praxis reguliert, der lebenden Geschichte in eben dem Maße, in welchem jetzt die, im Civilrechte allein unsere Litteratur beherrschende, extreme historische Schule uns schädigte; so daß es noch weit leichter gewesen wäre, am Ausgange einer Herrschaft der Naturrechtsschulen, zu Anfang unseres 19. Jahrhunderts, zur Zeit eines Feuerbach, Thibaut, Gönner, ein geschichtlich lebendes, lebenswahres und brauchbares Civilgesetzbuch zu schaffen, als an dem Ausgange der Herrschaft der Antiquitäten einer unglückselig doktrinären Schule, welche wähnte, daß das lebende Recht nur in der gesammten Vergangenheit gegeben sein könne. Zwar ist ja, wie gesagt, auch dies Naturrecht ein Extrem; zwar kann man auch kein Recht aus Vernunft allein „machen": ohne Achtung einer Geschichte! Aber dies hinderte ja, wie schon (§ 1, 5 1) erwähnt, nicht, daß das Naturrecht, indem es vermeintlich nur vernünftiges Recht wollte, (nach dem vielfach wahren Satze Hegel's etwa: was vernünftig, das ist wirklich,) sehr häufig nichtsdestoweniger nur auf die allein positive, „lebende Geschichte" stieß; und wo dies nicht der Fall, da konnte es ja noch immer durch die Praktiker der Ministerien und Volksvertretungen corrigiert werden, und so mit ihrer Schaffenskraft ein brauchbares Civilgesetzbuch eines geschichtlich lebenden Rechts resultieren! — — Die zur Herrschaft in der Civilrechtslitteratur gelangte historische Schule des Rechts einer gesammten Vergangenheit aber: was that seitdem diese, um ein nationales Civilgesetzbuch vorzubereiten: eines Rechts, welches lebt? Nichts! Nur Hindernisse aller Art hat sie bereitet! Diese romantische Schule schloß, politischen Utopien nachjagend (§ 1, 4 II), einmal die Vorbereitung: die Darstellung des lebenden, geltenden Rechts, die Reform des Veralteten durch eine dogmatische Wissenschaft, die Tagesfrage der Praxis, als eine unwissenschaftliche! weil nicht in der gesammten historischen „Vergangenheit" gegebene, von jeder wissenschaftlichen Litteratur aus und lehrte „vergangenes", zum Theil todtes „rein römisches" ꝛc. Recht. Das sanktionierte ja der Gründer der historischen Schule, Hugo, auch noch ausdrücklich durch sein traurig berühmtes Diktum: eine Rechtsdarstellung habe umsomehr „wissenschaftlichen" Werth, je weniger sie „praktischen" habe! Mit Grund hat ja das Haupt der Schule, Savigny, dereinst jedes Recht um seine

Digitized by Google

Herkunft befragt, und bis in seine Vergangenheit zurückverfolgt; dies schult auch legislativ den Gesichtskreis an dem Anblicke der Formen (§ 4 B) eines classischen Rechtsbaues, und zeigt die Brauchbarkeit des Vergangenen für das Lebende. Aber, wenn dies geschehen: die Hauptsache? Vor dem Verständnisse der Entwicklung und Geltung eines Rechtes: gerade im punctum saliens der Geschichte, — vor der eigentlich entscheidenden Hauptfrage: was dann? wie lebt und gilt das Recht zufolge der positiven Rechtsquellen heutzutage: — da ist fast jede Schrift der eigentlichen doktrinären historischen Schule stehen geblieben, ohne sie zu lösen! Da läßt die historische Schule: Leben, Praxis, Gesetzgebung rathlos stehen, (so daß, nach einem Volksausdrucke, ihre Monographien ausgehen, wie ein Hornberger Schießen; so daß niemand weiß, wie er jetzt im Rechte daran ist)! Wie hätte denn eine solche Schule eine Gesetzgebung *vorbereiten* sollen? Fragen wir uns direkt: was vermöchte ein heutiger Gesetzgeber selbst mit den berühmtesten, heutig angeblich positiven Monographien dieser historischen Schule anzufangen? Mit Savigny's Musterlehre beispielsweise vom Rechte des Besitzes (§ 2 IV, II), mit Albrechts Gewere? ꝛc. ꝛc. Wie solche „Musterlehren" direkt für ein heutiges Gesetzbuch verwenden? So ist die positive Vorbereitung unserer Civilgesetzgebung durch diese romantische Doktrin wohl gleich Null. Die Schädigungen im Gegentheil infolge einer fanatischen Verfolgung und Verhinderung aber, selbst der positiven Darstellung eines lebenden, berechtigteren Rechts, welche gleichfalls eine Redaktion eines Civilgesetzbuches vorbereitet haben würde, durch antiquiertes Recht sind unersetzlich! — Und *zweitens*, die *Durchführung* vollends auf *legislativem* Gebiete selbst: Hat hier die eigentliche historische Schule ihren tief schädigenden Antiquitäten (§ 4 A) zu Liebe nicht vollends den Beruf unserer Zeit zu einer generellen Gesetzgebung überhaupt von Schulwegen und im Principe schon überhaupt geleugnet? Hat sie da nicht den, der Schule Angehörigen auch noch den praktischen empirischen Sinn wie das Verständnis geraubt, mit welchem zuvor noch etwa unser Kreitmair, Suarez und andere uns beseelten? — — Und weil nun so ein Jahrhundert lang nahezu keine praktische, die Gesetzgebung vorbereitende wie unterstützende Civilrechtswissenschaft bei uns mehr bestand, mußte nicht die Ausführung unserer jetzigen nationalen Civilgesetzgebung seitdem geschädigt bleiben? Hunderte von einzelnen Instituten und Einzelfragen unseres Civilrechts wären seitdem durch das vergleichende Ringen einzelner Forscher mit dem realen heutigen Leben des Rechts praktisch zu klären gewesen: Statt dessen sollte diese drängende, versäumte Arbeit eines Jahrhunderts, welche dem Zusammengreifen der Jurisprudenz unserer Nation in Theorie und Praxis obgelegen wäre, jetzt, wie mit einem Schlage fabrikmäßig von einer Gesetzgebungscommission weniger Juristen nachgeholt, erschöpft werden können? Nachgeholt jetzt, in dem Momente, in welchem die Lampen unserer lebenden Rechtswissenschaft, gleich denen der klugen Jungfrauen, längst zum

Digitized by Google

Hochzeitszuge gefüllt, bereit stehen sollten? Diese Gesetzgebungscommission soll auf einmal nachholen, was die stagnierende, aprioristisch geblendete Wissenschaft der „thörichten Jungfrauen der historischen Schule" versäumt, das Oel, welches sie nur durch ein Jahrhundert hindurch aus den sich fortbewegenden lebenden Rechtsquellen zu schöpfen vermocht hätten! — -- Wie schwer zeigten sich jetzt die Folgen einer blos academischen, d. i. für das Leben unbrauchbaren Behandlung des Rechts: „umsomehr wissenschaftlich, je weniger praktisch"!! Unsere Gesetzgebung wird so leider nicht alles nachholen können, was jene romantisch-fanatische Formenjurisprudenz versäumt, hintertrieben hat. Die Schuld aber an ihrem Mißlingen, die schwere Versündigung an dem Rechte unserer Nation: trifft diese doktrinär-historische Schule allein! Sie allein bleibe der Nation verantwortlich! Unsere Civilgesetzgebung wird weit bessere Zustände schaffen, als, die unserer bisherigen partikularen Rechtszerrissenheit. Ausreichen wird auch sie nicht, weil sie eine historisch romantische Schule zuvor geschädigt, nicht vorbereitet hat!

Welche Anforderung umgekehrt würde eine Schule des lebenden und praktischen Rechts an ein gutes Civilgesetzbuch stellen müssen? — Sehen wir jetzt ab von der gebieterisch nothwendigen Einigung unseres grundlos zerrissenen Partikularrechts, in welchem aus äußeren politischen Gründen, zur Machtstärkung zahlloser längst verschwundener Territorialherrn materiell grundlos und formal-juristisch unbeholfen die einheitlichen Gedanken des Rechts unserer Nation zerrissen wurden; (§ 5 III 1 S. 502—505). Sehen wir ferner ab von den, von Savigny selbst (S. 503 cf. § 6 II B c 1) als nothwendig anerkannten einzelnen Codifikationsfällen, etwa von den äußeren Wohlfahrtspolizeibestimmungen, von dem Schaffen etwa des Mechanismus eines modernen Grundbuchs, Hypothekenrechtes, Handelsrechts, seiner und sonstiger Register 2c. wie von der Gestaltung der sog. fixen, durch eine einheitliche Gesetzgebung allein darstellbaren Rechtsbestandtheile. Eine Gesetzgebung, welche aus einer praktischen Schule des Lebens des Rechts hervorgehen und ein lebendes Recht feststellen soll, wird, auch abgesehen von solchen Bestandtheilen, vor allem die Aufgabe zu erfüllen gehabt haben: die jeweilig lebende und sich durch die Jahrhunderte hindurch bewegende Geschichte unseres Rechts überhaupt unmittelbar aus diesem ihrem positiven Leben und seiner Entwicklung heraus, an der Hand aller unserer positiven Rechtsquellen so wahr und getreu zu spiegeln, wie dies weder eine blos geistig nivellierende, extrem aprioristische Naturrechtsphilosophie ohne alle Beachtung von gegebener Geschichte, noch ein aprioristisch gewähltes Recht einer gesammten Vergangenheit einer historischen Schule allein, sondern eben nur eine lebende quellengerechte Geschichte vermöchte. Dies „Leben" des Rechts ist aus seinen heutigen thatsächlichen Verhältnissen: aus der allgemeinen Ueberzeugung unseres Volkes, den Gewohnheiten und Uebungen, den Usancen seines Lebens und der,

Digitized by Google

dieses Leben, wenn richtig copierenden, Praxis nach classischer Römerart in ein materielles System zu fassen (Einleitung, S. 26 ff.) und dann erst von uns Juristen auch noch formell technisch zu begreifen oder zu Begriffen zu gestalten, i. e. es ist materiell und formell (§ 5) zu construieren! Die, aus dem dereinst praktischen römischen Rechte bisher noch fortlebenden Institute nun sind zwar so für sich bereits meisterhaft in dieser Weise construiert. Welche Wissenschaft aber, abgesehen von dem, gleichfalls nur zum Theil praktischen, zum Theil aber ein besonderes System alimentierenden, sog. deutschen Privatrechte, existierte, welche die lebenden, vielleicht die Hälfte des rein römischen Rechts praktisch modificierenden, heutigen Rechtsbestandtheile eines rein praktischen Rechts ausreichend construiert hätte. Die Pandekten der Uebergangsperiode eines Windscheid, welcher noch immer nur nach manchem Widerstreben den Buchstaben der Praxis aufnahm, welche das positive Präjudiz bereits mühsam herausgearbeitet, eine Theorie, welche so in der That dem Leben der Praxis nur unwillig nachhinkt, während sie vollends an einem eigenen, selbstthätigen induktiven Suchen und Finden solch' lebenden Rechts noch ein theoretisch festgehaltenes, dies verbietendes Grundprincip einer historischen Schule mit der Basis eines Rechts der „Vergangenheit" hinderte? (§ 3 IV, 3 u. 4). Noch jetzt findet sich so das lebende Recht vielfältig als blos „faktisches" Material! juristisch an der Hand der positiven Rechtsquellen unconstruiert, in den Präjudizienssammlungen unseres deutschen Reichsgerichts, in Seufferts Archiv und Blättern für Rechtsanwendung ꝛc. zerstreut und nur wie unbewußt im Einzelnen vom Präjudiz angewendet, welches stillschweigend dem quellengemäßen Leben des Rechts entspricht. Dort aber finden sich vielleicht, juristisch unerkannt, noch so manche, oben so bezeichnete Archimedische Punkte des Rechts wie weggeworfen vor, welche die Keime der Entwicklung und Construktion so manchen lebenden Begriffs und Institutes enthalten, und von welchen Paulus uns sagt: aus dem jus, quod est, ist die Regel zu gestalten! Von ihnen hätte die Erfassung unseres nationalen Civilrechts ausgehen sollen, wie schon früher, unsere Praxis etwa, von dem einzelnen Falle des folternden Richters der Carolina ausgehend, das ganze Institut der generellen Schmerzengeldklage, wie sie neuerdings wieder von dem einen gesetzlichen Falle des Pfründenbesitzers des canon redintegranda oder dem Besitze des Vasallen ꝛc., ausgehend unser heutzutage unentbehrliches generelles, praktisches Besitzrecht des Detentor zu construieren versucht hat: Aus ähnlichen Beispielen des § 2 I 2 und dem sonstigen Inhalte des Präjudizes also sind jetzt noch immer neue Institute zu begreifen und ist die ratio unseres jetzt lebenden Rechts zu reconstruieren, wenn wir das heutige Leben des Rechts beherrschen, spiegeln und ein ausreichendes Gesetzbuch schaffen wollen. — — Aber ein Gesetzgeber, eine Commission kann doch Dutzende und Hunderte von solchen Instituten unmöglich, wie gesagt, wie ein Forscher erst, in einer Gesetzgebungscommission aus dem



Digitized by Google

Aermel schütteln, construieren und ausbauen! Solche Institute und Regeln bedürfen Zeit: Sie bedürfen einer vorbereitenden Monographie: Und eine einzelne solche Monographie setzt ja hie und da doch die Forschung eines ganzen Menschenlebens voraus! Denn wieviele unserer berühmtesten Juristen selbst haben je ein ganzes Leben lang viel mehr, als eine solche Monographie zu Tage gefördert? Auch unsere Historiker haben kaum mehr geleistet, als: ein Savigny seinen Besitz, ein Puchta sein Gewohnheitsrecht, ein Windscheid seine actio und Voraussetzung! Diese Spiegelung also des Lebens des Rechts mußte so durch eine praktische Wissenschaft ganz anders für eine Gesetzgebung durch ein Jahrhundert vorbereitet sein, damit diese endlich die einzelnen dargestellten Institute nur wie eine reife Frucht pflücken und ihnen durch sein Gesetzbuch Halt gewähren kann. Das fordert ein Princip, eine Schule des lebenden und praktischen Rechts!

Wenn nun also zu solchen vorbereitenden lebensvollen Construktionen, wie gesagt, die bisher herrschende historische Schule unserer Doktrin speciell mit ihrem Rechte einer gesammten Vergangenheit nicht befähigt war, wenn sie im Gegentheil die Ermittlung des geschichtlichen Lebens des Rechts der Gegenwart durch unsere Praxis, als eine vermeintlich unhistorische, aggressiv und fanatisch! hinderte, wenn ihr das lebende Recht höchstens noch faktisches Material war, welches die alte Schule nicht zu construieren verstand: so ist ein Nachholen jetzt nicht mehr möglich! — — Was also jetzt? — — Deshalb wird jetzt wohl auch unsere diesmalige Civilgesetzgebung, vielfach unvorbereitet, nicht in den Stand gesetzt sein, dem Rechtsleben unseres Volkes stets tiefere Impulse, ausreichend Licht, Luft und Ozon zu gewähren (§ 4 a. A.). Deshalb wird die diesmalige Gesetzgebung darauf verzichten müssen, das momentane Rechtsleben erschöpfend oder doch durchweg, soweit sonst möglich, vollendet zu spiegeln! Ihr Hauptstreben kann sich vielmehr jetzt nur darauf beschränken und concentrieren, wenigstens das hohe Gut der Einheit bei dem bereits überlieferten und gleichfalls grundlos zerrissenen Rechte: aus seiner grund- und sinnlosen, willkürlichen partikularen Zerrissenheit trotz seiner einheitlich lebenden Gedanken, zu erretten: Einmal also die Partikularrechte mit ihrem überlieferten germanistischen Inhalte zu einigen; dann wenigstens die wenigen, bisher ausgebauten Neubildungen des Lebens und der Praxis von der Art des § 2 I 2 juristisch festzustellen, die übrigen, soweit dieselben bekannt, vielleicht nur in ihrem faktischen Materiale aufzunehmen, und diese so wenigstens vor dem ferneren Ankämpfen des „historischen" Unverständnisses unserer aprioristischen historischen Schule zu retten. Damit hat unsere Gesetzgebung das, ihr jetzt Mögliche vollauf gethan und den Dank des Vaterlandes verdient! Eine Gefahr für unsere Gesetzgebung wäre es jetzt, wenn sie jetzt einen, ihr absolut unmöglichen Ausbau selbst unternehmen und sich im Detail verlieren würde; dieses besorgt, sobald nur einmal die Institute nach § 2 I 2 gegen blindes Anstürmen fest-

Digitized by Google

gestellt sind, Praxis und Wissenschaft an der Hand der Anschauung des einzelnen praktischen Falles weit besser! Jetzt wird sich eine gründliche Lösung solcher Aufgaben, vorbereitet durch eine praktische Wissenschaft, vielleicht mehrfach nur auf anderem Wege erreichen lassen. Einmal, wie im Vorworte zu 3 erwähnt, durch eine bessere realistische oder praktische Wissenschaft selbst; ähnlich, wie die classische römische Jurisprudenz vor Justinian durch Jahrhunderte hindurch keiner generellen Codifikation bedurfte. Zweitens durch eine fragmentarische Gesetzgebung, wie solche bisher selbst nach jeder allgemeinen Gesetzgebung niemals entbehrt werden konnte. Z. B. selbst auf die Justinianische Gesetzgebung wie auf die Feuerbachs folgten alsbald Novellen! Doch davon unter Ziff. 3. — Hier kehren wir auch auf legislativem Gebiete zuvor wieder zu Beispielen des praktischen Rechts zurück, um auch deren legislative Behandlung zu ersehen! Freilich ist auch hier eine Besprechung in einer eigenthümlichen Lage! Unsere Civilgesetzgebung ist in einem Fortschreiten begriffen. Was während der Vollendung dieses, sechs Jahre in Anspruch nehmenden Werkes wie während des Druckes noch besprochen werden kann, kann im nächsten Momente gegenstandslos sein! Aber es ist auch hier nicht beabsichtigt, eine Kritik unserer deutschen Civilgesetzbuchs-Entwürfe zu unternehmen; vielmehr soll nur an wenigen Beispielen gezeigt werden, ob und wie dereinst ein, durch eine praktische Wissenschaft gepflegtes Studium des Lebens und der Bewegung des Rechts noch auch durch andere, bessere Juristen einer Gesetzgebung wird vorarbeiten können und müssen, so daß diese dereinst nur die reifen Früchte einer Wissenschaft leicht fixieren wird. Deshalb ist es gleichgültig, wenn die, hier berührten Verhältnisse durch die Ereignisse überholt werden! Deshalb revidieren wir vom Standpunkte der Gesetzgebung auf empirischer Grundlage immerhin Beispiele, soweit sich dieselben im Momente des Augenblicks beurtheilen lassen!

2. Beispiele. — Eine lebenswahre Gesetzgebung muß die jüngsten, momentanen Bewegungen oder Aenderungen des „Lebens" des Rechts fixieren. Nach § 2 II a ändert sich das Recht dreifach: Einmal mit den, sich ändernden thatsächlichen Verhältnissen. Zweitens mit den geistigen Ideen oder Ueberzeugungen des ganzes Volkes. Drittens mit dem technischen Begreifen der Rechtskundigen. Sehen wir, wie diese Aenderungen den Gesetzgeber berühren. — Die dritte Aufgabe, namentlich die Definition des Rechtes, ist principiell überhaupt der Wissenschaft allein vorbehalten, (§ 6 II B c 2) nicht Sache des Gesetzgebers! Die Römer besagen dies mit dem Satze: omnis definitio in jure civili periculosa. Wenigstens soll man nicht bloße Theorien gesetzlich fixieren! — Die zweite Aufgabe dagegen, dem Umschwunge der geistigen Ideen zu folgen, fordert schon erheblichere Vorbereitungen für den Gesetzgeber. Sehen wir von den älteren Beispielen des § 2 S. 195 f., Beseitigung der Sklaverei ꝛc., ab. Auch in der Neuzeit kann der Gesetzgeber vielleicht manchen Umschwung der



Digitized by Google

Ueberzeugungen zum Reifen bringen und dem Rechte legislativ zum Gleichmaße einer ratio verhelfen. — Hier etwa zwei Beispiele, in welchen vielleicht eine bisher noch nicht ausgegohrene Rechtsidee einen Umschwung der Ueberzeugung in einem mehr rationellen Principe zulassen kann und Vorbereitungen für die Gesetzgebung fordert. Die modernen Reichsunfallversicherungsgesetze beispielsweise bieten bereits vielleicht für unser heutig lebendes Recht gleichfalls einen berechtigten Grund zu einer Regel, welche entweder gleichmäßig gebilligt oder gleichmäßig verworfen werden sollte. Während das römische Recht nämlich den Satz aufstellt: casum sentit dominus oder überhaupt den Schaden fühlt der, welchem eben das beschädigte Recht bisher zusteht, statuiert die Reichsunfallversicherung und ihre nachfolgenden Reichsgesetze vereinzelt auch schon den Satz, daß bei gefahrvollen Unternehmungen diesen Schaden der Verunglückte nicht allein zu tragen habe, sondern daß im Principe, durch eine mögliche Haft- oder doch Versicherungspflicht wenigstens, der mitzutragen hat, welcher das gefährdende Unternehmen veranlaßt; ja selbst der, zu dessen Gunsten und Vortheile der Arbeiter beschäftigt ist, welcher eben den Schaden oder die Krankheit ꝛc. erleidet: cujus commoda, ejusdem incommoda! Schließt dieser gewordene sociale Rechtssatz nicht eine generelle petitio principii in sich, welche zufolge ihrer ratio allgemeine, entweder Verwerthung oder Verwerfung fordert? Vorausgesetzt natürlich, daß der Verletzte die Beschädigung nicht erst durch eigenen dolus oder culpa herbeigeführt hat; z. B. bei Selbstmordversuchen in solchen Unternehmungen ꝛc. — Ein zweites Beispiel. Das deutsche Mobiliarrecht behandelt zufolge des Satzes: Hand muß Hand wahren, Mobilien wie fungible Sachen, sobald sie der Besitzer einmal aus der Hand gelassen. Das römische gemeine Recht nun kennt diesen Satz nicht, während ihn beispielsweise art. 306 und 307 des d. Handels.-Ges.-B. bereits adoptiert hat. In dieser Fassung erscheint der Satz also offenbar als eine singuläre Bestimmung, als ein Prilegium des Handels allein gegen Eviktion. Die ratio wird sich also dereinst vielleicht zu überlegen haben, ob dies Ausnahmsrecht zum gemeinen Rechte erhoben oder gestrichen oder in Regel und Ausnahme gekleidet werden soll! So kann vielleicht eine Veränderung von Ueberzeugungen des Volkes schon das Eingreifen eines Gesetzgebers veranlassen! — Den wohl häufigsten Fall aber endlich einer Inanspruchnahme der Thätigkeit eines Gesetzgebers wird der ersterwähnte Fall bieten: die Veränderung der thatsächlichen Verhältnisse oder vollends die Entstehung neuer Objekte des Rechts, welche jetzt neue Rechtsformen erfordern (§ 2 S. 194 f.). Seine Aufgabe besteht alsdann eben darin, daß er diese neu erkeimenden geschichtlichen Institute, diese Neubildungen des Lebens und der Praxis nach Art des § 2 I 2, beachtet, und ihnen, namentlich zufolge dieser positiven Bewegungen des Lebens, gegenüber einer sie störenden, historisch antiquarischen Doktrin, welche sie bekämpft, zur Stabilität verhilft.

Digitized by Google

Im Allgemeinen hat durch seine Construktionsversuche unserer drei altgewohnten Beispiele (S. 162 f.) auch der, in der Einleitung (Ziff. 2 S. 33 ff.) erwähnte, kleine Kahn des Verf. schon seit einem Menschenalter versucht, dem Dombaue unserer nationalen Civilgesetzgebung gleichfalls einen, im Eingange dieses Paragraphen erwähnten litterarischen Zoll abzustatten. Sehen wir nun, wieweit bisherige Anregungen und Weiterbildungen hier unseren Civil-Gesetzbuchs-Entwürfen einen legislativen Dienst zur Erreichung unserer Hauptziele nach § 1 Ziff. 1 und 2 zu leisten vermochten: zur Feststellung unseres lebenden Rechts und zur Einigung von Wissen und Leben!

Das erste Beispiel, das vom Verf. 1860 untersuchte heimische Schmerzengeld ist in § 728 (721) des ersten und § 770 des zweiten deutschen Civil-Gesetzbuch-Entwurfes namentlich auf der Grundlage der Vorbereitungen und Weiterbildungen Wächter's als Ersatzklage mit wenigen Worten völlig genügend und wohlthätig festgestellt. Eines weiteren Ausbaues bedarf hier das Rechtsleben im Gesetzbuche nicht. Soweit die Entwürfe hier nicht specielle casuistische Bestimmungen über Cession und Erbgang festsetzen, sind eben jetzt für dieses besondere Rechtsinstitut (§ 5 S. 523 und 519) einfach die Bestimmungen der actio l. Aquiliae analog anzuwenden. Diese Redaktion genügt ebendeshalb vollständig. Hier also ist das Ziel der Feststellung dieses, früher immerhin unklaren, lebenden und praktischen Instituts sowohl, als der Einigung von Theorie wie Praxis durch Vorarbeiten einer praktischen Wissenschaft in wohlthuendster Weise vollständig erreicht, und allen weiteren Ausbau besorgen jetzt die beiden letzteren mit spielender Leichtigkeit!

Das zweite, uns durch diese Untersuchungen treu begleitende Beispiel eines Unverständnisses des Lebens seitens der historischen Rechtsschule ist deren unwahre Musterlehre, deren sogenanntes Besitzrecht! Die „Unmöglichkeit" des bisherigen, nach Art des Naturrechts von Savigny nur a priori „gemachten" Schachtelbegriffs: Recht „des (faktischen) Besitzes", ein Recht, welches aus einem Faktum, aus einer Thatsache des corpus mit animus domini allein entstehen sollte, haben unsere Untersuchungen bereits oben § 2 IV II darzulegen versucht. Die jetzige Anschauung innerhalb unserer Jurisprudenz fristet denselben Begriff Savigny's gleich unhaltbar fort, als: den „gegen unerlaubte Eigenmacht geschützten (faktischen) Besitz". Dieser Schachtelbegriff Savigny's, wie erwähnt, enthält namentlich zwei, allein reale Institute, welche durch diesen zu weiten Begriff nur verkannt werden, und deren Ausscheidung eben zufolge § 2 IV II sich als unentbehrlich erweisen wird, nämlich: — 1. das faktische Eigenthum, dessen Realität die Römer in ihrer possessio begriffen haben. Das Eigenthum nämlich, welches durch faktische Eigenthumsausübung (corpus und animus domini) allein schon entsteht, und welches dann mindestens relativ oder gegenüber jedem Dritten, nicht besser Berechtigten (adversus ceteros oder extraneos), nicht selten aber auch absolut, als

Digitized by Google

rechtmäßiges Eigenthum, geschützt wird. Auch heute noch ist dies faktische Eigenthum der römischen possessio unentbehrlich! Z. B. bei Grundstücken, trotz Grundbuch, da, wo ein, nicht in das Grundbuch Eingetragener das Recht auf Erwerb des Grundstückes hat. So, wenn der, im Grundbuch Eingetragene gestorben und sein Erbe oder Erbesprätendent das Eigenthum ausübt. Oder da, wo der, im Grundbuch Eingetragene seinen Eintrag nur durch Betrug erwirkt hat, etwa dadurch, daß ein Gehilfe sich vor dem beurkundenden Beamten fälschlich unter Beiziehung falscher Beurkundungszeugen ꝛc. als der im Grundbuch Eingetragene ausgibt und die Umschreibung auf einen Betrüger erwirkt, während der frühere Eigenthümer das Eigenthum noch faktisch ausübt. Der faktische Eigenthümer wird da mindestens gegenüber „Dritten" noch immer als solcher faktischer Eigenthümer (possessor) zu schützen sein, auch solange sein Rechtsverhältnis zu dem im Grundbuch eingetragenen, nicht faktisch das Eigenthum ausübenden Betrüger noch nicht geordnet ist. Ebenso ferner bei Mobilien. Hier ist dieses faktische Eigenthum der römischen possessio auch heute noch sogar häufig „rechtmäßiges" Eigenthum! Z. B. bei der Besitzergreifung in der Absicht des Eigenthumserwerbes an einer res nullius oder res derelicta, beim Fruchterwerb, bei Accession, Specifikation, commixtio, confusio etc. Bei bloßer putativer causa aber oder bei bloßer causa possessionis (bloßem corpus und animus domini, possession vaut titre) ist dies faktische Eigenthum gleichfalls stets wenigstens relatives Eigenthum: entweder Publicianisches oder plus juris der Interdikte! — 2. Das zweite in dem Schachtelbegriffe von Savigny's „Recht des Besitzes" enthaltene wirkliche, geschichtliche Rechtsinstitut ist: Das germanische und heutige Besitzrecht des bloßen Detentor an einer fremden Sache ohne animus domini, das jus in re aliena, welches in Deutschland von jeher geschichtlich gelebt hat: So als Besitz des Lehensvasallen, des canonischen Pfründebesitzers, Mark- oder Gemeindegenossen an unvertheiltem Genossenschaftseigenthum, des Besitzers unter suspensivem Eigenthumsvorbehalte, Faustpfandbesitzers, des Retentionsberechtigten ꝛc. Es ist dies nur ein jus in re, die fremde Sache auf die Dauer einer solchen causa faktisch zu besitzen oder innezuhaben. (Auch Savigny erkennt dies Besitzrecht ohne animus domini an: in der germanisch mißverstandenen sogenannten abgeleiteten possessio des precarium, sequester etc., welche aber in der Auffassung Savigny's mit der übrigen possessio ewig unvereinbar verbleibt!)

Bekanntlich hat nun, wie oben zu § 4 A ausgeführt, Savigny durch die Zusammenschachtelung dieser beiden grundverschiedenen Rechte im Rechtsleben schweren Schaden gestiftet! Er subsumierte einfach das heutige Detentionsrecht ohne animus domini unter 2 allgemein unter das römische faktische Eigenthum der possessio animo domini. Da aber jenes niemals animus domini hatte und haben durfte, so ard dasselbe durch diese Einschachtelung unter diese römische possessio, elche animus domini fordert, stets rechtlos und zertreten, (die eben-

Digitized by Google

erwähnten wenigen, nach römischen Begriffen irrthümlich als Detentionsrecht aufgefaßten Fälle der vermeintlichen abgeleiteten römischen possessio abgerechnet). Dieses ganze übrige heimische Detentionsrecht nun wurde von Savigny zertreten, obwohl es noch heute vielleicht den größten Theil unseres Grundbesitzes regelt! (§ 4 A, S. 388—393.) Des Verfassers Streben vom Standpunkte des realen, lebenden und praktischen Rechts aus, war daher von Anfang an, seit 1865 (Litteratur: Note* der Seite 226) darauf gerichtet, dies unentbehrliche, praktisch lebende heutige Gewohnheitsrecht des Detentors aus den vernichtenden Klauen des romanistischen Doktrinarismus der historischen Schule zu retten; denn seit Savigny konnte dasselbe sich nur mühsam noch durch praktische Partikulargesetzgebungen, durch das preußische Landrecht eines Suarez, das bayerische Landrecht eines Kreitmayr, trotz aller seiner Lebenswahrheit gegen die doktrinäre Schule behaupten! Was in den schwachen Kräften des Verfassers lag, versuchte er seit 1865, laut der Note der Seite 226, zur Rettung zu thun; namentlich seine Schrift „Das heutige positive und nationale Besitzrecht in seiner Unabhängigkeit von der römischen possessio", Berlin, Guttentag 1880, versuchte hier laut ihres Titels schon: „zugleich eine Denkschrift für die kommende Civilgesetzgebung". Daß diese Versuche des vereinzelten, als solcher ohnehin der periodischen rein wissenschaftlichen Litteratur in Deutschland fast beraubten Praktikers noch nicht vollen Erfolg haben konnten, ist bei der Uebermacht der doktrinären historischen Schule glaublich. Dies Institut bedarf daher zur Zeit noch eines, für das Leben nothwendigen und wohlthätigen Ausbaues!

In einem Punkte unterlagen ebendeshalb leider auch unsere beiden deutschen Civilgesetzgebungsentwürfe von 1888 und 1894 noch dem Doktrinarismus der historischen Schule nothwendig. Auch sie nahmen noch den unrealen Schachtelbegriff von Savigny's Recht „des Faktums" oder „des Besitzes" in der Fassung der jetzigen Mode, als „Schutz des Besitzes gegen verbotene Eigenmacht" in sich auf. (Z. B. Motive zu d. Entwurf e. b. G.-B. 1888 Bd. III S. 127, 129 ꝛc.) Um die Frage nicht zu verwirren, dürfen wir aber das, mehr nebensächliche, beschränkende Requisit der verbotenen Eigenmacht getrost hinwegdenken; denn Savigny's Schutz eines bloßen Faktums oder faktischen Besitzes allein und an sich schon ist eine rechtlich unrettbare Utopie; es ist principiell unreal und unwahr, daß jedes Faktum und jeder faktische Besitz an sich schon, auch ohne Recht, geschützt wird; (cf. außer § 2 IV, II auch S. 543—544.) Denn, wo er geschützt wird, liegt ein anderes, specielles, reales Rechtsinstitut zu Grunde, als das unklare, viel zu allgemeine: „Recht des Besitzes", welches zu allgemein und ungenügend ist, um ein specielles Recht zu bezeichnen, weil es ein Dutzend Rechte bezeichnen kann! (Oben § 2 S. 244—245.) — Was nun Savigny selbst mit diesem utopischen Begriffe bezeichnen wollte, sind nur die von ihm mißverstandenen zwei obigen Rechte: das faktische Eigenthum der römischen possessio und das germanische

Digitized by Google

Detentionsrecht! Wenn so aber unsere deutschen Civilgesetzgebungsentwürfe dessen nichtssagenden, generellen Schachtelbegriff aufnahmen, so mußten jetzt wohl auch sie, ganz wie Savigny's Besitzlehre selbst, mit diesem Schachtelbegriffe fortwährend von einem Kobolde Ariel im Kreise gedreht und an, ihnen unbekannte Küsten verschlagen werden, welche nur wieder entweder dem Eigenthume oder dem dinglichen Detentionsrechte als ihrem Prospero und rechtmäßigen Herrscher unterthan sind. Die von Savigny eingeschachtelten Rechte mußten so stets doppelt wiederkehren, einmal im Schachtelbegriffe, dann als einzelne Rechte! Dies ist in Wirklichkeit auch hier der Fall. Die, in dem Schachtelbegriffe der beiden Entwürfe „Schutz des faktischen Besitzes" enthaltenen Rechte kehren so auch in diesen unseren Entwürfen jetzt immer doppelt wieder: einmal zusammengeschachtelt in dem allgemeinen Begriffe „Recht des Besitzes", (obgleich eine solche Zusammenschachtelung nicht möglich ist, weil für das Eigenthum der possessio und für das jus in re aliena des Detentors ganz andere Regeln gelten, S. 248—250 und obgleich dieser Schachtelbegriff eine Reihe von Zerrbildern bietet, S. 244—247); und zweitens in den speciellen Lehren des Eigenthums, oder, soweit dieses durchgedrungen ist, des Detentionsrechtes! — So schon im ersten Entwurfe von 1888! Dort heißt beispielsweise der, welcher über eine Sache thatsächliche Gewalt oder Besitz animo domini erlangt, in § 797 allgemein bloßer „Besitzer". Derselbe Schachtelbegriff, derselbe „Besitzer" ist aber in § 903 bei bloßer Inbesitznahme einer herrnlosen, beweglichen Sache, in § 918 und 921 als Finder, in § 928 als Occupant eines Schatzes sogar schon rechtmäßiger „Eigenthümer"! Beim bona fide Erwerb einer vermeintlich herrnlosen oder derelinquierten Sache, beim gutgläubigen Fruchterwerbe, kurz bei Publicianischem Eigenthume mit nur putativa causa hat derselbe „Besitzer" gleichfalls nicht bloße Besitzklagen, sondern in § 945 finden auf ihn wieder zugleich die Vorschriften über den „Eigenthumsanspruch" Anwendung; also doppelte Rechte! Das übrige relative „Eigenthum" oder plus »juris« der Interdikte dagegen (oben S. 231, 232, 237 ꝛc.) heißt im Entwurfe grundlos nur „Besitz" allein! In § 814—821 endlich heißt derselbe Schutz des Besitzes überdies richtig: Inhabung (Detentionsrecht), dieses vom Eigenthum grundverschiedene jus in re! — Aehnlich im zweiten Entwurfe von 1894! Der Schachtelbegriff: Recht des Besitzes, die Apprehension einer Sache schlechthin, heißt hier in § 777 „Besitz". Die gleiche Apprehension animo domini bei einer herrnlosen Sache in § 873, die gleiche bloße „Besitzergreifung" mittels Verbindung, mittels Vermischung, Specifikation ꝛc. in § 861—867, bei Erzeugnissen in § 869, beim Finder in § 888 heißt und ist sogar „rechtmäßiges Eigenthum"! Auch der bona fide „Besitzerwerb" an herrnlosen, derelinquierten Sachen, Früchten heißt in § 846 „Eigenthum", — also doppelte Namen! — während das übrige relative „Eigenthum" oder plus »juris« des possessor ad interdicta grundlos nur wieder Besitz heißt! Denn in diesem zweiten Entwurfe heißt auch das

Digitized by Google

„Detentionsrecht", dieses jus in re aliena des Usufruktums, Pfandgläubigers ꝛc. unausgeschieden wieder „Besitz". — So findet sich formell auch in beiden Entwürfen, infolge der Adoptierung von Savignys Schachtelbegriff des Besitzes, nirgends ein einheitlicher Besitzbegriff! Der Besitzer ist stets zugleich entweder bald: der rechtmäßige, bald der relative Eigenthümer, d. i. der relativ oder besser Berechtigte, oder der Detentionsberechtigte, trotzdem für diese Eigenthumsstufen einerseits und das Detentionsrecht anderseits verschiedene Regeln gelten. (S. 247—250 des § 2.) — — Um also hier endlich zu einheitlichen, klaren Begriffen und festen Regeln erst zu gelangen, um das reale Rechtsleben endlich vor Chicanen zu bewahren (§ 4 A) und den Zerrbildern S. 244 ff. des Schachtelbegriffes „Recht des Besitzes" endlich zu entgehen, bleibt hier kein anderes Rettungsmittel, als die radicale Streichung dieses werthlosen, in den einzelnen, in ihm zusammengeschachtelten Rechten, ohnehin wiederholt auftauchenden Schachtelrechts „des Besitzes", weil eben die in ihm enthaltenen verschiedenen Institute verschiedener Regeln bedürfen, und Ersetzung desselben einzig durch die einzelnen, durch ihn nur umschriebenen, klaren Rechtsinstitute: einerseits somit des absoluten und relativen Eigenthums, welches sich vom Erwerb mittels justa causa bis zum Erwerbe mittels putativa causa und causa possessionis als plus juris abstuft, und anderseits des heutigen Detentionsrechts: kurz Beseitigung des falschen Bildes, welches Savigny durch unwahre Uebermalung der römischen possessio, unter Einmischung von Zügen des ihm angeborenen, germanischen Detentionsrechtes, durch sein Unverständnis des lebenden Rechts erst a priori geschaffen, wie oben zu § 2 S. 241 Ziff. 3 und S. 251—253 vorgeschlagen.

Weiter, als bis zur Beibehaltung des Schachtelbegriffes: Recht „des Besitzes" sind indessen unsere beiden Gesetzgebungsentwürfe dem Romantiker Savigny trotzdem nicht gefolgt; keinesfalls soweit, daß sie mit Savigny auf den Detentionsbegriff das Eigenthum der römischen possessio aufgepropft, und, durch Abhängigmachung des Detentionsrechtes von den Voraussetzungen der römischen possessio, dies heimische „Detentionsrecht, eine Sache ohne Absicht, auch noch Eigenthum zu wollen, innezuhaben", mit Savigny wieder ganz zertreten hätten! (§ 4 A.) Vielmehr gebührt namentlich, wie S. 253 bemerkt, dem ersten G.-B.-Entwurf von 1888 das hohe Verdienst, dieses nationale, und heutzutage wohl bereits längst internationale, unentbehrliche Detentionsrecht der Gegenwart (vgl. des Verfassers Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio, 1884, S. 77, 82 ff.) sogar unter allen bisherigen Gesetzentwürfen, trotz Beibehaltung und Nichtklärung des Schachtelbegriffes Savigny's, zuerst in § 819 ff. als selbstständiges heutiges Institut erkannt zu haben! Durch den Einfluß der, uns in den Gliedern steckenden doktrinären historischen Schule ist allerdings auch diese lebenswahre Auffassung leider im zweiten Entwurfe von 1894 wieder zurückgegangen. Derselbe adoptiert nämlich jetzt in § 777

Digitized by Google

die Anschauung Ihering's und der neueren Juristen, (oben S. 247 ff.) welche, — offenbar in der guten Absicht, auch das heutige Detentionsrecht vor einem Zertreten unter dem Namen Besitz zu retten, — den Schachtel-Besitzbegriff Savigny's noch mehr erweitern wollten, und zu diesem Zwecke jeden animus aus dem Besitzbegriffe auszumerzen versuchen. Dadurch freilich wird die Sache nur noch schlimmer! Der Schachtelbegriff faßt so jetzt nur noch mehr Rechte in sich, außer der römischen possessio und dem heutigen Detentionsrechte; (denn wie viel Recht wird nicht durch Faktum, durch Handeln, also durch Verfügen erworben?) Rechte, welche mit den beiden obenerwähnten absolut nichts gemein haben! (S. 244—245.) Zwar gelingt es so dem zweiten Entwurfe natürlich, auch das Detentionsrecht wieder mit dem Eigenthumsbegriffe possessio unter einen Begriff „Besitz" zusammenzufassen und den berechtigten Begriff des selbstständigen Inhabungs- oder Detentionsrechtes wieder zu streichen. Aber dies ist ja eben nur wieder jene schädliche Zusammenschachtelung Savigny's: Schädlich, weil, wie gesagt, für römische possessio und germanisches Detentionsrecht, d. i. für jene römische Eigenthumsart und dieses heutige bloße jus in re aliena ganz andere Regeln gelten müssen! (S. 248—250.) Deshalb ist auch hier wieder nichts anderes möglich, als jene Zusammenschachtelung, den schädlichen Schachtelbegriff von Savigny's Besitz ganz zu beseitigen und denselben einfach in die zwei klaren, in denselben eingeschachtelten Rechtsinstitute Eigenthum und Detentionsrecht aufzulösen! Dann kann endlich vielleicht der, hiedurch frei werdende deutsche Name „Besitz", welcher ohnehin schon bisher einen „Gegensatz" zum Eigenthum bezeichnen sollte, für das deutsche Detentionsrecht anstatt des fremden Wortes „Detention" verwendet werden, welch' letzteres in Rom ohnehin gleichfalls etwas ganz anderes bezeichnete, als das heutige Innehaben! Diese reaktionäre Ausmerzung nämlich jedes animus aus dem Besitzbegriffe ist in der That schon nach dem eigenen Inhalte des zweiten Entwurfs unmöglich! Dies beweist sein § 779; nach ihm wird der Besitz durch Aufgeben desselben verloren; dies Aufgeben ist bloßer Willensakt. Wenn aber der Besitz so solo animo verloren gehen kann, so muß dieser animus doch wohl auch wesentlich sein! Und ist er wesentlich, so wird sich der Besitzer doch denselben nicht stets beliebig dahin mutieren dürfen, daß er die Sache bald als Eigenthümer = possessor (dauernd) haben, bald aber dieselbe nur als fremde (eine Zeit lang) detinieren will! Insoferne ist der zweite Entwurf wohl ein entschiedener Rückschritt gegen den ersten, welcher bereits die Selbstständigkeit des heutigen unrömischen Detentionsrechtes anerkannte! Dagegen gebührt dem zweiten Entwurfe in anderer Weise ein Verdienst. Die §§ 790—792 verlegen nämlich den Schwerpunkt des Besitzes jetzt bereits auf die Detention, auf den unmittelbaren Besitz der Detentoren des § 790 Abs. 1, und bezeichnen die andern Personen, welche diesen Besitz übertragen, nur als mittelbare Besitzer, den Eigenthümer in § 793 nur

Digitized by Google

als Eigenbesitzer; nicht, wie der, die römische possessio als bloßes Faktum mißdeutende Savigny diesen Schwerpunkt umgekehrt auf das Eigenthum des possessor verlegt, und dieses römische absolute, wie relative Eigenthum selbst als eigentlichen Besitz bezeichnet! Dies ist gewiß eine natürliche und gesunde Auffassung, und es bedarf jetzt nur des weiteren, muthigen Schrittes, die Detentoren in § 790 Abs. 1 allein als Besitzer, den possessor, soweit er in § 777, 846, 861—869 ꝛc. mitenthalten ist, aber durchgängig, statt ihn als Eigenbesitzer zu bezeichnen, während doch eine Detention für ihn ganz unwesentlich ist, als bald rechtmäßigen, bald relativen Eigenthümer, (als faktisches Eigenthum) direkt zu bezeichnen!

Ist alsdann das faktische Eigenthum der possessio von dem jus in re aliena des Detentionsberechtigten endlich klar losgelöst und unterschieden, dann wird es doch vielleicht auch wünschenswerth erscheinen, das rechtliche Verhältnis beider Institute unter sich zu regeln: des Eigenthums und des dinglichen Detentionsrechtes! Wer obsiegt beispielsweise in Ihering's Habermaier-Prozesse (§ 4 A S. 390 Ziff. 4), sobald nämlich nur ein Detentor auf dem Gute ist, und ein Strolch, vielleicht ein Betrüger animo domini: possessio, das Eigenthum occupiert oder Eintrag in das Grundbuch erlangt hat? Der § 822 des ersten und § 785 mit 900 des zweiten Entwurfs reicht vielleicht nicht aus. Der Verf. hat diese Fälle (in seinem heutigen p. u. n. Besitzrechte, Berlin, Guttentag, 1880, S. 141 ff.) berührt; wie derselbe aber dort S. 119—120 bemerkt, nicht um sofort einen Gesetzesvorschlag (nach Weglassung der technischen Fremdworte ꝛc.) zu machen, sondern nur, um vorläufig einen „positiven" Untergrund zu bieten, nach welchem solche Fälle schon jetzt vorläufig in der Praxis zu entscheiden sein werden, und welche demzufolge, nur formal verbessert, auch für den Gesetzgeber zur Unterlage dienen könnten. Empfehlenswerth dürfte jedenfalls sein, hier das eine Princip festzustellen, daß der absolut Detentionsberechtigte, derjenige nämlich, welcher sein Detentionsrecht mittels einer rechtmäßigen causa der Detention, z. B. mittels Nutzgenusses, Pacht, Retention ꝛc. von dem rechtmäßigen Eigenthümer selbst erworben hat, ein absolutes jus in re hat, also mit demselben gerade so gegen jeden Dritten geschützt ist, wie jedes andere jus in re, z. B. die Servitutberechtigten, der Usufruktuar ꝛc. Dann: daß die Eigenthumsfrage für den bloßen Detentor, als res inter alios, ein Präjudizialprozeß ist, welcher nie mit dem besitzenden Detentor, sondern nur mit dem Eigenthümer selbst auszutragen ist, von welchem der besitzende Detentor sein Detentionsrecht ableitet; (im Habermaierfalle also müßte der Strolch, welcher das Gut von dem detinierenden Bruder des abwesenden Habermaier herausgegeben haben will, dies Eigenthum allein dem Abwesenden abstreiten!) Ferner umgekehrt, daß auch die Frage, ob der bloße Detentor mit Recht besitzt, als res inter alios, nicht zwischen diesem Detentor und dem dritten Eigenthümer, dem Strolchen, sondern nur zwischen diesem

Digitized by Google

und dem abwesenden Eigenthümer auszutragen sein würde, von welchem dieser besitzende Detentor sein Detentionsrecht ableitet. Zuvor also wird der occupierende Strolch seine Eigenthumsansprüche erst mit dem Eigenthümer Habermaier austragen müssen, bevor er frevelhaft infolge der Zusammenschachtelung Savigny's dessen mit vollstem Rechte detinierenden Bruder in seinem Gewahrsame stören darf ꝛc.!

Dieses Besitzrecht aber der Entwürfe dürfte überhaupt, abgesehen von Prozeßbestimmungen, durch eine praktische Rechtswissenschaft vielleicht dereinst noch immerhin ausgebaut werden können. Begriffe nämlich sind nicht Sache der Competenz der Gesetzgeber (§ 6 II B c 2 β). Gleichwie kein Machtgebot die thatsächliche Natur der Dinge verändern, eine Obligation für ein Erbrecht oder Eigenthum, schwarz für weiß, einen Mann für eine Frau erklären kann, ebensowenig kann ein Machtgebot des Gesetzgebers das faktische Eigenthum des römischen possessor für einen, „vom Eigenthum verschiedenen" Besitz, ein absolutes oder relatives Eigenthum für ein bloßes jus in re aliena! erklären. Deshalb würde noch immer eine Interpretation einer praktischen Rechtswissenschaft und eine Construktion das Besitzrecht des Detentor von dem Eigenthumsbegriffe possessio loslösen können, namentlich nachdem § 790 Abs. 1 des zweiten Entwurfes schon den Schwerpunkt, den unmittelbaren Besitz, in die Detention verlegt. Die Doktrin der historischen Schule wird dann vielleicht hier dem realen Rechte keinen dauernden Schaden zufügen können!

Dauernder aber würde der Schaden sein, welchen dem Rechtsleben der erste und zweite Entwurf durch Prozeßbestimmungen in § 822 bezw. 785, durch den hier (aus dem leichter corrigierbaren § 232 Abs. 2 der C.-Pr.-O. von 1877 verstärkt wieder heraufbeschworenen) Doppelprozeß des possessorium und petitorium wieder von neuem zufügt! Gleichwie die ganze, gewaltsam und schädlich zusammenfügende Schachtellehre Savigny's vom Rechte des Besitzes zu streichen und diese unklare Lehre in die klaren concreten Institute: Eigenthum und Besitzrecht des Detentor aufzulösen ist, so ist wohl neben dem summariissimum auch das unklar zusammenschachtelnde possessorium vollständig zu streichen, und nur noch ein Prozeß über die klaren, concreten Rechte: Eigenthum und Detentionsrecht, je als einheitlicher Prozeß, zu gestatten: Dafür aber ist wohl § 232 R.-Civ.-Pr.-O. nebst den bezüglichen Partikularrechtsbestimmungen (z. B. art. 82—84 des bayer. Ausführungs-Ges. z. R.-Civ.-Pr.-O.) zu ändern! Durch dieses Zurückgreifen zum Mittelalter würden sonst die alten Klagen der Franzosen, von Mittermaier, Wernz immer wieder von neuem aufleben, und ein Puchta würde wieder mit Recht sagen dürfen: „Aber unsere Praktiker sind sehr oft unpraktisch!" (Die siebenfachen historischen Mißverständnisse, welche sich wie siebenfache Siegel um diesen unpraktischen Doppelprozeß legen, haben wir bereits zu § 4 S. 393 f. Ziff. 9 berührt; das Mißverständnis von jus vor dem Prätor, von actio = judicium vor cives gegenüber dem interdictum,

Digitized by Google

von der possessio als Eigenthum des jus gentium, vom parallelen civilen dominium ex jure Quiritium, von rechtmäßigem und von blos relativem Eigenthum, und endlich das Mißverständnis, die Unterdrückung und Zertretung des germanischen Detentionsrechts!) Vgl. § 2 S. 239, bes. S. 243 Note 7, § 4 S. 393 ff.! Mögen alle diese Antiquitäten endlich einer Einsicht in das reale Leben des Rechts weichen!

Das lebende Recht fordert nämlich zunächst auch hier, daß nicht jedem Strolche und praedo durch § 822 des ersten und § 785 des zweiten Civ.-G.-B.-Entwurfes länger gewaltthätig die Möglichkeit „gestattet" werde, während eines ganzen Vorprozesses eines possessorium in dem Besitze eines, sich frivol und ganz rechtlos angemaßten Gutes behaglich beliebig zu schwelgen, dessen Früchte zu verkaufen, dessen Wein zu trinken ꝛc., während unglaublicher Weise dem rechtmäßigen Eigenthümer jetzt noch verboten wird, durch Vorlage seines tadelfreien Erwerbbriefes, mit welchem er, jetzt noch! in's petitorium verwiesen wird, sein rechtmäßiges Eigenthum sofort mit einem Schlage nachzuweisen, so sein volles Eigenthum sofort zu retten und so zwei langwierige, geradezu sinnlose Prozesse abzuschneiden!! Wir geben gerne zu, daß unsere Historiker des Prozesses ein umgekehrter Grund auch zu ihrer Prozeßpolitik verleiten konnte: Daß manchmal auch umgekehrt das bessere Eigenthum des petitorium nicht sofort durch einen Erwerbbrief, sondern erst durch einen langwierigen Zeugenbeweis, etwa über eine Ersitzung, nachgewiesen werden kann. Daß es daher unter Umständen auch zweckmäßig sein kann, umgekehrt, mit den Entwürfen, zunächst eine letzte Besitzausübung nachzuweisen, und dann erst später den langwierigen Ersitzungsbeweis zu erheben. Warum bedarf es dazu dann aber immer zwei verschiedener Prozesse? Unsere R.-Civ.-Pr.-O. von 1877 kennt ja eine ganze Reihe von Bestimmungen über Trennungen und Vereinigungen, von Theil- und Zwischenurtheilen (§ 273—278, 136—139, 574 ꝛc.). Will man also doch einmal Prozeßbestimmungen in das Civilgesetzbuch aufnehmen, (und es ist dies an sich ganz gerechtfertigt), warum soll dann in Eigenthumsstreiten, in diesen judicia duplicia eine Trennung allein nicht dem Ermessen des prozeßleitenden Gerichtes überlassen werden? Dies allein mag dann nach der Sachlage entscheiden, ob es entweder bei dem Vorliegen einer, sofort endgültig beweisenden Erwerburkunde, eines Kaufbriefes ꝛc. den Nachweis des besseren Rechts sofort gestatten, oder ob es umgekehrt, bei einem in Aussicht stehenden langwierigeren Ersitzungsbeweise oder bei sonst schwierigeren Rechtsfragen, den Nachweis des besseren Rechts, — über die causa possessionis und den titre de la possession hinaus, welcher nur das momentane corpus und animus ermittelt, — getrennt untersuchen will. — Geradezu faktisch schon „unmöglich" ist ja das Verbot der beiden Entwürfe in § 822 der ersten und § 785 der zweiten Lesung, im possessorium keine Frage zuzulassen, welche über das Recht entscheidet!! Denn in allen Rechtsstreiten kann nur über

Digitized by Google

ein Recht entschieden werden, niemals über bloßes Faktum allein! Daß die possessio ein Faktum sei, ist historisches Mißverständnis, (cf. S. 400). Beim Vorliegen eines Eigenthums ist selbst schon die bloße, im possessorium zu entscheidende possessio ad interdicta (zufolge l. 2 D 43, 17, oben § 2 S. 245 f.) stets ein Recht: ein »plus juris« oder relatives Eigenthum, welches bei dem Nichtvorliegen eines besseren Eigenthums sogar definitiv entscheiden kann, ja bei der Besitzergreifung herrenloser oder derelinquierter Sachen ꝛc. sogar rechtmäßiges Eigenthum ist!! Ebenso ist jeder Streit über das Detentionsrecht (nach § 819 des ersten und 790 des zweiten Civ.-G.-B.-Entwurfes) nur ein Streit über das Recht des Pfründebesitzers, Faustpfandgläubigers ꝛc. ꝛc.: „zu besitzen"! Wo gibt es also einen Rechtsstreit ohne Recht: außer in der Idee einer Doktrin und mittelalterlich unbeholfenen Praxis? Dies Wollen ist geradezu gedankenlos! Ein Streit um solche Detentionsrechte speciell selbst auf den „Titel des Faktum" allein, (ähnlich, wie bei der römischen possessio auf den Titel der possessio oder der causa possessionis), ist gerade hier bei Detentionsrechten vor allem gar niemals denkbar! Weil alle solche Detentionsrechte nur accessorische Rechte und Rechte: solange „zu besitzen" sind, als eben der Rechtsgrund zu detinieren, die »causa« detentionis: der Pfründe, des Nießbrauches, des Pachtes ꝛc. besteht! Mit dem Verbote! des Streites um ein „Recht" wäre also auch ein possessorium für solche Detentionsrechte überhaupt unmöglich! Hier somit ist überhaupt nur ein einheitlicher Prozeß über ein petitorium allein denkbar!! — — Darum dürfte sich statt des § 785 des zweiten Entwurfs nur etwa eine ähnliche Bestimmung empfehlen: Der Streit über das rechtmäßige und relative Eigenthum (bessere Recht), wie über das Besitzrecht des bloßen Inhabers (Detentors) ist ein einheitlicher. Dem Ermessen des Gerichtes aber bleibt es vorbehalten, den Streit über die verschiedenen „Titel" dieser Rechte zu trennen oder zu vereinigen. Namentlich im Eigenthumsstreite kann der Prozeß über den Titel der Besitzergreifung (Apprehension, corpus animo domini) allein und über allenfallsige sonstige Erwerbtitel (justae oder putativae causae) entweder vereinigt oder getrennt werden. § 232 Abs. 2 R.-C.-P.-O. aber wäre zu streichen.

Unser drittes altgewohntes Beispiel nun unseres praktischen Rechts endlich ist: die moderne, nicht eingetragene Genossenschaft. Deren praktische Nothwendigkeit und Gestaltung haben wir schon oben § 4 A und § 5 III, 2 a und b mit S. 524 betrachtet. Diese nun ist in unserem ersten deutschen Civil-Gesetz-Entwurf von 1888 einer besonderen Regelung vorbehalten. Auf diese Weise sind im ersten Entwurfe § 629—659 bisher die römischen Societäten allein als regelmäßige Vereinsformen zugelassen. Der zweite Entwurf regelt diese in § 645 ff. Die letzteren indessen dienen, wie schon erwähnt, nur dem Privatinteresse des Einzelnen. Neben dieser römischen societas entspricht es aber, wie gezeigt, bei uns dem dringendsten Bedürfnisse, dem Gewohnheitsrechte des Lebens wie dem, praktisch

Digitized by Google

vor unserem Reichsgerichte anerkannten Rechte, auch diejenige subsidiäre, nicht eingetragene Genossenschaft als berechtigt anzuerkennen, welche nicht schon unter die bisherigen Specialgesetze über eingetragene Genossenschaften, sowie nicht unter (die bayerischen sogenannten anerkannten Vereine und) das neuerliche Reichsgesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftpflicht fallen, welche aber nichtsdestoweniger dauernden Zwecken dienen. Ließe man nun im kommenden deutschen Civilgesetzbuche die römische societas allein bestehen und zwänge man anderseits die modernen Genossenschaften zu dauerndem Zwecke, trotz der seit dem Mittelalter bestehenden positiven, ganz anderen Vorbilder, sich unter erstere allein einschachteln zu lassen, so könnte, wie schon zu § 4 A erwähnt, jeder einzelne Speculant sich in solche genossenschaftliche Vereine aufnehmen lassen, um durch einseitige Auflösung, Theilungsklage, Consensverweigerung deren vertragsmäßig gewollten, edelsten oder doch zulässigen Zweck der Wohlthätigkeit, Kunst, Wissenschaft, Unterhaltung, des Sportes ꝛc. zu vereiteln und überdies deren, zu diesen öffentlichen ꝛc. Zwecken angesammeltes Vermögen durch Theilung auch noch für sich zu lucrieren. Solche Vereine sind aber zum Theil für das Leben höchst werthvoll! Einzelne solche Vereine zu dauerndem Zwecke, z. B. für religiöse Zwecke, für Wohlthätigkeit, Kunst, Consum, Produktion, Wissenschaft, Feuerwehren, Turnen ꝛc. heben ja geradezu zum Theil das Wohlbefinden, die Kraft, Wohlstand, Bildung der Nation, während nur wieder andere in Vereinsmeierei ausarten und den Wohlstand der Nation schmälern können. Wegen der ersteren zweifellos eben bedarf es, neben der römischen societas, einer weiteren allgemeinen Vereinsform der Genossenschaft, welche sich durch die drei bekannten, der römischen societas conträren, einem dauernden Zwecke dienenden Grundsätze unterscheidet; nämlich: durch eine Unzulässigkeit einer Lösung, einer Theilungsklage und die Unwirksamkeit einer Consensverweigerung des einzelnen Mitgliedes bei Majoritätsbeschlüssen. Diese Grundprincipien der modernen Genossenschaft, wie gesagt, sind nothwendig, um diese Vereine, soweit sie wirklich gemeinnützig sind, vor Plünderung durch Einzelne zu retten! — Will man nun die, eine Vereinsmeierei für geselliges Vergnügen ꝛc. befördernden Genossenschaften beschränken, etwa so, daß man für diese die Bestimmungen der römischen societas beibehält, so möge der Gesetzgeber dies thun. Schon bisher sind ja nach römischem Rechte Gesellschaften contra bonos mores mit Recht ausgeschlossen. So könnte man aber auch noch andere verbieten! Eine solche schädliche Vereinsmeierei hat auch unsere heimische Praxis nicht geschaffen, sondern bereits das römische Recht, dessen Bestimmungen über Societäten sogenannte Dispositivbestimmungen, nicht absolute Bestimmungen sind; solche, welche beliebig durch Vertrag geändert werden können. Hindernde Polizeibestimmungen aber konnte eine bloße Praxis nicht einführen, welche nur das jus zu deklarieren hat, quod est; dies wäre Sache der Gesetzgebung

Digitized by Google

gewesen! Und solche gesetzliche Beschränkungen der Vereinsmeierei sind immerhin denkbar. Aber man lasse dann eben nicht alle diese „Genossenschaften", wie bisher unser Romanismus, völlig ungeregelt und mache die Chancen eines Prozesses hier nicht von dem zufälligen Einblicke in das gegebene Leben des Rechts und der Technik jedes einzelnen Richters abhängig. Denn dieser findet über solche Genossenschaften, über deren einzelne praktische Rechtsfragen, bisher weder in unserer bisherigen Gesetzgebung, noch in einer historisch romanisierenden Doktrin hinreichenden Aufschluß. Ist dieser Richter zufällig in dem praktischen Rechte verlegen (§ 1, 3; § 4 D IV), so leidet eben auch hier das Rechtsleben, und es werden dann leicht wohlerworbene Rechte zerstört oder chicaniert. Deshalb wird diese nichtrömische societas der bisherigen Genossenschaft wohl, als eine regelmäßige Vertragsform des alltäglichen Lebens, neben die römische societas im Privatinteresse des Einzelnen, in das Gesetzbuch selbst eingereiht werden müssen, so, wie diese Genossenschaft als regelmäßige Vertragsform unwillkürlich im Leben lebt und vom Reichsgericht anerkannt ist. Auch ist deren Casuistik schon bisher durch die Praxis des heutigen Reichsgerichts treffend ausgebaut, so daß selbst diese schon eine sofortige Aufnahme in das Gesetzbuch zuließe und durch sie eine Gesetzgebung bereits ausreichend vorbereitet ist. (Die, bis dahin erschienene Praxis des Reichsgerichts hat der Verf. in Seuffert's Blättern für Rechtsanwendung V Ergänzungsblatt 1885 S. 129 ff. systematisch zu sammeln und einigermaßen zu construieren versucht.) So wird auch der gesetzlichen Regelung dieses praktischen Institutes kein Hindernis entgegenstehen.

Gesichtspunkte, welche bei einer gesetzlichen Regelung zu beachten sein dürften, könnten folgende sein: Diese Genossenschaften erscheinen an sich, nach ihrem allgemeinen Begriffe, in dem bisherigen Rechtsleben wie in der Praxis des Reichsgerichts — wie die röm. societas: — als bloße Societäten, nicht als juristische Personen, solange ihnen eine juristische Persönlichkeit nicht, besonders oder generell durch Gesetz, verliehen wird. Dies scheint zum Theil auch legislative Bedeutung zu haben! Das Wesen einer „juristischen Person" bestände nämlich praktisch vorzugsweise darin, daß sie den einzelnen Vereinsmitgliedern ein „Privilegium" gewährt, für ihre Vereinsschulden nicht mehr persönlich mit ihrem Privatvermögen zu haften. Wird nun dies Privilegium nicht beschränkt, so könnten ja Vereine und eine Vereinsmeierei beliebig von Einzelnen nach der Richtung mißbraucht werden, um in schwindelhaftester Weise Schulden für Vergnügungen, Trinkgelage ꝛc. ꝛc. zu contrahieren, welche ihnen der eigene Credit nicht zu contrahieren ermöglichte; diese könnten dieselben unter der deckenden Firma einer juristischen Person alsdann dennoch contrahieren, ohne für dieselben je mit ihrem eigenen Vermögen zu haften! Sache des Gesetzgebers ist es deshalb wohl, nur die Fälle gesetzlich in erwähnter Weise mittels Privilegien auszuzeichnen, in welchen Genossenschaften

Digitized by Google

diese Gewährung des Privilegiums einer „juristischen Person", i. e. einer Nichthaftung für Schulden des Vereins mit ihrem Privatvermögen, auch verdienen. — Die Rechtsunterschiede dagegen, durch welche eine Genossenschaft auch schon legislativ unbedingt von der römischen societas wird unterschieden werden müssen und durch welche sie bisher in Leben und Praxis bereits von ihr geschieden ist, sind namentlich folgende zwei: 1. Die moderne Genossenschaft erfordert vor allem einen dauernden, materiell für die Dauer dieses bestimmten Vereines unabänderlichen Zweck, nicht aber nothwendig eine Dauer des Vereins selbst. Z. B. eine, blos vorübergehende Sammlung in einer Provinzialstadt, im Jahre 1871 für ein Wertherdenkmal, dann für eine Bismarckspende, oder rasch in Scene gesetzte Sammlungen für Ueberschwemmungen, für Abgebrannte, für einen, soeben vom Gerüste gefallenen und verunglückten Arbeiter, bei welchen der Sammler vielleicht ohne Vorstand ꝛc. zu sein, nur als Geschäftsführer erscheint, und jede vorausgehende Organisation eines Vereins fehlt, Vereinsäußerungen somit, deren ganze Thätigkeit mit der Ablieferung der gesammelten Gelder an einen Centralverein, an den Magistrat einer abgebrannten Stadt, an den verunglückten Arbeiter ꝛc. beendet ist, sind — trotz der kurzen Dauer des Vereins selbst, obgleich hier in Wirklichkeit nur Fragmente einer Vereinsbildung vorliegen, nichtsdestoweniger Fragmente einer Vereinigung zu einem dauernden Zwecke oder einer „Genossenschaft", welche mit der röm. societas nimmermehr eine Vermögenstheilung zu Gunsten der einzelnen sammelnden Mitglieder selbst, nimmermehr beliebige Verfügungen dieser überhaupt ꝛc. zulassen werden. Sie sind ebensogut Genossenschaftsbildungen, wie definitiv geordnete Vereine für Wohlthätigkeit, Krankenvereine, Turn-, Lese-, Sportvereine, Feuerwehren ꝛc. 2. Diese Genossenschaften erfordern dann weiter, daß ihr Interesse über das Recht und Privatinteresse des einzelnen Vereinsmitgliedes hinausgeht. Denn z. B. eine Familienvereinigung zur Sustentation nur bestimmter, schon jetzt geborner, zusammenlebender ꝛc. Familienglieder oder Verwandter, welche kündbar ist, oder eine gegenseitige Lebensversicherung für eine genau bestimmte Zahl von Personen, so daß nur dem Ueberlebenden zur Sicherung ihrer Existenz das Vermögen der Uebrigen zufällt, nicht aber einem dauernden Zwecke, ist noch immer eine bloße röm. societas, bei welcher nur etwa auf einzelne Rechte der, im reinen Privatinteresse der Einzelnen gegebenen Vereinigung, z. B. auf die einseitige Kündigung, Theilung, verzichtet und so nur etwa ein Uebergang zur Genossenschaft angebahnt werden kann, ohne daß eine solche Genossenschaft bereits vorliegt. Eine Familienstiftung dagegen, durch welche auch für Dritte, kommende Mitglieder, für nascituri von Verwandten ꝛc. gesorgt werden soll, wie bei den Condominaten der fränkischen Ritterschaft, ein Kunstverein, bei welchem die Pflege der Kunst ohne Beschränkung auf bestimmte Vereinsmitglieder beabsichtigt ist und bei welchem jeder beitreten kann ꝛc.,



Digitized by Google

sind wahre Genossenschaften. Sie sind gewissermaßen zugleich Verträge zu Gunsten Dritter mit einem bestimmten Zweckvermögen (vgl. die Abh. des Verf. in Bl. f. Rechtsanw. V. Erg.B., 1885, S. 147). Sie schließen also: Vermögenstheilung, Kündigung und Consensersordernis seitens des Einzelnen aus!

In dem, jetzt während des Druckes dieser Untersuchungen erschienenen Bruchstücke des zweiten Entwurfs des d. bürgerlichen Gesetzbuches § 23 sind nun bereits die Fälle wörtlich, wie folgt, ausgezeichnet, in welchen wirklichen Genossenschaften die Rechte einer juristischen Person schon kraft des Gesetzes zustehen sollen: „Vereine „zu gemeinnützigen, wohlthätigen, geselligen, wissenschaftlichen, künst„lerischen oder andern nicht auf wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb ge„richteten Zwecken" erlangen Rechtsfähigkeit oder juristische Persönlichkeit durch Eintragung in das Vereinsregister oder durch staatliche Verleihung. In dem später zu erlassenden Einführungsgesetze soll alsdann weiter ausgesprochen werden, daß die Bestimmungen über Realgemeinden und ähnliche Verbände, über Religionsgesellschaften, und daß öffentliche Vorschriften hiedurch unberührt sein sollen. — Soweit nun hier bereits Bestimmungen über Genossenschaften vorliegen, könnte sich u. a. auch folgende Frage aufwerfen.

Zweifellos würde es ja ein genialer, warm zu begrüßender Gedanke dieses zweiten Entwurfes sein, wenn derselbe nur denjenigen Genossenschaften (Corporationen, Vereinen), welche wirklich gemeinnützig sind, eine, blos vom Eintrag in ein Vereinsregister abhängige, juristische Persönlichkeit gewähren würde, nicht gemeinnützigen, schädlichen dagegen nicht. Ist nicht etwa dies in der That die Absicht des eben angeführten Wortlautes des § 23 des zweiten Entwurfes, und ist nicht ebendeshalb hier hinter den ersten drei Worten: „Vereine zu gemeinnützigen" das Komma nur durch einen Druckfehler hineingerathen? Dies Komma scheint sehr bedeutungsvoll! Infolge dieses Komma nämlich dürften sowohl gemeinnützige, als die andern dort genannten Vereine, darunter auch bloße gesellige Vereine schlechthin und cummulative mit juristischer Persönlichkeit ausgestattet werden, auch wenn sie nicht gemeinnützig sind. Würde dagegen das Komma fehlen, dann würde wohl dies Wort „gemeinnützigen" als Adjektiv und Erfordernis für alle folgenden, dort genannten Vereine aufzufassen sein, auch für die geselligen, und würden demzufolge nun diese geselligen Vereine nur dann durch Registereintrag juristische Personen werden können: „wenn" sie gemeinnützig sind. Dann dürfte die obenberührte Absicht, (nur gemeinnützigen Vereinen das Privilegium der juristischen Person: die Befreiung der einzelnen Mitglieder von Haftung für Vereinsschulden, zu gewähren) durch bloße Streichung des Komma, u. zw. auch selbst dann schon erreicht sein, wenn man nicht vorziehen würde, dies noch deutlicher zu sagen; etwa mit den Worten: Vereine zu wohlthätigen, geselligen ꝛc. Zwecken, soweit sie gemeinnützige sind ꝛc. Nun kann es ja in der That auch bloße ge-

Digitized by Google

sellige Vereine geben, welche gleichfalls gemeinnützig erscheinen werden, und welchen man ebendeshalb juristische Persönlichkeit sehr wohl verleihen könnte; so beispielsweise sog. Casino's, Harmonieen, Museen, (welche für ihre Mitglieder musikalische Anregungen, Lesezimmer, Bälle zur Versorgung ihrer Töchter ꝛc. veranstalten, welche ferner gebildeteren Berufsklassen an kleineren Orten geselligen Verkehr ermöglichen ꝛc.: es wären dies Dinge, welche vielleicht weniger bemittelte Einzelne sich in ihren beschränkteren Häuslichkeiten nicht gestatten können, und welche deshalb immerhin auch gemeinnützig erachtet werden könnten). — Aber kann es denn nicht auch gesellige Vereine geben, welche nicht gemeinnützig, sondern gemeinschädlich wirken? Wir haben solche schon erwähnt: Denken wir uns eben creditlose Verschwender, Wüstlinge. Diese gründen gesellige Vereine zu Saufgelagen, zur Umgehung von Spielverboten, welche sie in allgemein zugänglichen Lokalen nicht umgehen könnten, zu Orgien, oder auch nur um Wirthe, Lieferanten zu prellen, weil ihnen bei ihrer persönlichen Creditlosigkeit kein Lieferant als Einzelnen mehr creditieren würde; sie gründen deshalb jetzt einen geselligen Verein mit hochklingendem Namen und unbekannten Personen, verschaffen diesem durch Registereintrag juristische Persönlichkeit, der Lieferant, welcher dem Einzelnen nicht liefern würde, läßt sich vielleicht durch den Namen des Vereins täuschen und wird dann erst recht an seinem Vermögen betrogen! So würde durch eine generelle Verleihung einer juristischen Persönlichkeit in § 23 des zweiten Entwurfs an alle „geselligen" Vereine erst recht eine Prämie für eine höchst gefährliche Vereinsmeierei geschaffen; während es eben vielleicht richtiger wäre, solchen schädlichen geselligen Vereinen gerade umgekehrt nicht nur juristische Persönlichkeit nicht zu verleihen, sondern ihnen auch schon die Vortheile einer bloßen bisherigen „Genossenschaft" zu entziehen, so zwar, daß jeder Einzelne gleich einem römischen socius für Vereinsschulden haftet, Vermögenstheilung, Austritt und Consens beanspruchen kann.

Wollte man nun den eben erwähnten Zweck einer Beschränkung einer schädlichen Vereinsmeierei erreichen, dann müßte man wohl einerseits, wie schon bisher in der Reichsgerichtspraxis, vier Formen von Vereinen auch künftighin unterscheiden. I. Einmal privilegierte Vereine mit juristischer Persönlichkeit. II. Zweitens die bisherigen „eingetragenen" Genossenschaften der Specialgesetze, welche sich besonderer Controle unterwerfen. III. Drittens die bisherigen nicht eingetragenen Genossenschaften der Praxis, welche wegen Mangels einer juristischen Persönlichkeit für ihre Vereinsschulden einzeln haften, aber durch Austritt, Theilungsklage jedes einzelnen Mitgliedes nicht lösbar sind und zu ihren Rechtsgeschäften bei Majoritätsbeschlüssen nicht des Consenses jedes einzelnen Mitgliedes bedürfen. IV. Viertens die rein römischen Societäten des § 629—659 des ersten, des § 645 ff. des zweiten d. C.-G.-B.-Entwurfes, bei welchen eben Lösung, Theilungsklage und Consens jedes einzelnen maßgibt. (Leider hat der zweite



Digitized by Google

Entwurf römische societas und heutige Genossenschaft noch vermischt. Z. B. bezüglich der Theilung in § 658, bezüglich des Fortbestandes nach Austritt oder Tod in § 671, obgleich doch erstere als Gesellschaft im Interesse des Einzelnen und die zweite, als Gesellschaft zu dauernden Zwecken über das Interesse des Einzelnen hinaus andere Grundsätze bedarf.) Anderseits aber wäre alsdann zugleich das bisherige praktische Recht der modernen Genossenschaft speciell für gesellige Vereine dahin zu modificieren, daß zwar „gemeinnützigen" Vereinen juristische Persönlichkeit unter I verliehen werden kann, daß dagegen „nicht gemeinnützigen" geselligen Vereinen überhaupt nicht einmal mehr die Rechte einer modernen Genossenschaft unter III mit ihren Vorzügen, sondern gesetzlich nur die Rechte einer römischen societas unter IV gewährt würden. Dies Resultat vermöchte wohl schon ein weiterer Beisatz einer Bestimmung dahin herbeizuführen: Gesellige Vereine, welche nicht gemeinnützige sind, sind den Bestimmungen der einfachen (römischen) Societäten unterworfen.

Aus noch einem weiteren Grunde aber dürfte die Beibehaltung der bisherigen, nicht eingetragenen Genossenschaften der Praxis des Reichsgerichts unter III, welche auch ohne jeden Registereintrag bisher weder juristische Person noch bloße römische societas (im Sinne des § 629—659 des ersten d. Civ.-G.-B.-Entwurfes von 1888) war, praktisch sehr zu empfehlen sein, um Zuvielregieren, bloße Vielschreiberei und Schädigung zu ersparen: weil bei ihnen ein Registereintrag niemals praktisch ausführbar wäre! Im praktischen Leben bestehen nämlich schon jetzt in realer Wirklichkeit längst geradezu zahllose solche Genossenschaften zu dauerndem Zwecke — über das Interesse und Recht der einzelnen, ihr zur Zeit angehörigen Mitglieder hinaus, ohne daß bisher ein Registereintrag erfolgt ist. — Auch die neuerliche Eintragung all' dieser Genossenschaften in ein Register würde vielleicht Schwierigkeiten, unnöthige Vielschreiberei ꝛc. verursachen, ja sie würde kaum stets ausführbar sein! Bald würden nämlich die rechtsunkundigen Mitglieder solcher Vereine bei kleinlichen Verhältnissen den Eintrag eben einfach übersehen. Bald aber würde eine Eintragung geradezu unmöglich sein, ohne daß doch anderseits auch diese Genossenschaften der Rechtssätze der Genossenschaft, namentlich die Unzulässigkeit der Vermögenstheilung unter den einzelnen Vereinsmitgliedern, ohne erhebliche Interessenschädigung entbehren könnten. Man denke sich doch die, oben erwähnten ephemären Vereine zu gemeinnützigen Sammlungen. An einem Feiertage, an welchem das, das Vereinsregister führende Gericht geschlossen ist und ein Registereintrag gar nicht beantragt werden könnte, dringt die Kunde in die Stadt, daß eine benachbarte Ortschaft eingeäschert, durch Hochwasser zerstört, die Einwohner während des Winters den schrecklichsten Entbehrungen ausgesetzt und umgehende Hilfe dringend geboten ist. Wenige Personen vereinigen sich rasch; sie beginnen mit polizeilicher Genehmigung eine öffentliche Sammlung von Geld, nothwendigen Lebensmitteln, Bett-

Digitized by Google

stücken ꝛc. in Privathäusern, Abendgesellschaften. Alsbald stellt sich nun heraus, daß die ganze Nachricht eine falsche war. Nichtsdestoweniger liegt hier ein Vermögen und der Begriff einer Genossenschaft, nicht einer römischen societas, bereits vor. Wenn nun blos der Registereintrag nach § 23 des zweiten Entwurfes zur Entstehung einer Genossenschaft die einzige Voraussetzung böte, sollten hier die, ohne Registereintrag sammelnden Vereinsmitglieder nach der Vorschrift der römischen societas das gesammelte Vermögen unter sich theilen dürfen?! Auch auf diese also dürften die Bestimmungen einer römischen societas nach § 629—659 des ersten Entwurfs fernerhin nicht angewendet werden können, selbst wenn sie nicht eingetragen sind! Ebendeshalb dürften unter allen Umständen, unerachtet der wohlthätigen Bestimmungen des § 23 des zweiten Entwurfs, hinter § 629 bis 659 des ersten Entwurfs: Bestimmungen über das Zurechtbestehen einer nicht (im Vereinsregister) eingetragenen und nicht mit juristischer Persönlichkeit versehenen, modernen Genossenschaft unter III, neben der römischen Societät unter IV, wie nach bisheriger Praxis, unentbehrlich sein: Das Gegentheil, durchgängige Registereinträge, wäre wohl bureaukratische Zuvielschreiberei und Zuvielregiererei! Freilich wären dann die, im zweiten Entwurfe zusammengeworfenen Societäten: die römische societas und die deutsche Genossenschaft, wieder zu trennen. Auf die letztere könnten einfach die Rechtssätze der bisherigen Praxis des Reichsgerichts alsdann über nicht eingetragene Genossenschaften wohl auch fernerhin Anwendung finden, welche u. a. der Verf. in Seuffert's Blättern für Rechtsanwendung, V. Ergänzungsband, 1885, S. 129 ff., wie bemerkt, zu sammeln und einigermaßen zu construieren versucht hat, wenn man deren Feststellung nicht wieder der Praxis und Wissenschaft überlassen will.

Auf diese Weise aber zeigen wohl unsere drei wiederkehrenden Beispiele auf legislativem Gebiete gleichfalls, wie alle diese Bewegungen des Lebens des Rechts, alle Neubildungen der Praxis von der Art des § 2 I 2 sowohl Beachtung des Gesetzgebers, als umgekehrt, einer Vorbereitung des Gesetzgebers selbst durch irgend eine Wissenschaft bedürfen, damit der Gesetzgeber auch nur in der Lage ist, stets das Leben des Rechts und praktische Neubildungen zu erschöpfen und zu beherrschen. Die bloße Aufstellung einer noch so trefflichen Gesetzgebungscommission aber, ohne daß eine praktische Wissenschaft diese Tausende möglicher Fälle und Fragen wenigstens bereits überlegt, vorbereitet und einigermaßen geklärt hat, ohne daß zugleich eine Construktion solcher neuerkeimender, lebender Institute für die Kritik der Commission selbst bereit, ja solange eine solche Construktion auch noch durch eine unpraktische historische Schule principiell in ihrer Berechtigung angezweifelt, hintertrieben oder gewaltsam gehindert worden ist, würde es vielleicht nie möglich machen, die momentane Rechtsentwicklung durch eine Gesetzgebung stets vollständig klar zu stellen und zu regeln. Denn die Construktion vieler solcher lebender

Digitized by Google

Neubildungen überschritte eben, wie gesagt, die Zeit und die Kräfte einer besten Gesetzgebungscommission! Manche solche einzelne neue Institute schon vielmehr setzen eben am besten praktische Monographien voraus, von welchen möglicherweise eine einzige schon die Arbeitsdauer eines Menschenlebens in Anspruch nehmen kann: Eine von einer unpraktischen historischen Schule unvorbereitete Gesetzgebung ist also niemals im Stande, das lebende Recht mit seinen vielen solchen Instituten legislativ mit einem Male erschöpfend zu regeln!

3. Beschränkung unserer jetzigen deutschen Civilgesetzgebung auf das richtige Maß. Allgemeine oder fragmentarische Civilgesetzgebung?

Im Verlaufe dieses Paragraphen haben wir gesehen: ein vollständiges Nachholen des, von unserer doktrinären historischen Schule durch Unterlassung jeder Vorbereitung unserer nationalen Civilgesetzgebung Versäumten ist zur Zeit unmöglich! Eine noch so ausgezeichnete Gesetzgebungscommission Einzelner kann nicht in wenigen Jahrzehnten alles das ersetzen, was die Arbeit der, von einer antiquarischen Schule fast ein Jahrhundert lang gehemmten Jurisprudenz einer ganzen Nation versäumt hat! So wird jetzt nichts erübrigen, als sich auf das erreichbare Mögliche zu beschränken! Eine Gefahr wäre jetzt nur, wenn eine Gesetzgebungscommission ohne mögliche, Grund legende Studien, Monographien ꝛc. sich in Detail verlieren wollte. Ein richtiges Maß ist einzuhalten: Den Detailausbau besorgt alsdann an der Hand concreter plastischer Anwendungsfälle besser künftighin das Präjudiz Hand in Hand mit einer praktischen Wissenschaft in Theorie und Praxis an der Stelle abstrakter Versuche einer Commission! Jene besorgt sowohl die Construktion der Principien als den Detailausbau, ähnlich, wie eine praktische Wissenschaft beispielsweise in dem Schmerzengelde vom casuistischen Detail des Art. 20 und 21 der C. C. C. bis zur vollendeten Construktion des Wesens des Schmerzengeldes durch Wächter herab, wie ferner die Aufnahme der Präjudizien wenigstens in die Lehrbücher unserer neuesten Doktrin seit Windscheid ꝛc. bewiesen hat. — — Das, was also zur Zeit Noth thut, ist: 1. daß Rechtsleben, Rechtwissen und Rechtsprechen in Deutschland möglichst bald aus der grundlosen Zerrissenheit seines überlieferten Rechts durch Partikularrecht gerettet werde, für deren Fortbestand kein innerer Grund, sondern nur längst beseitigte äußere Gründe einer Politik früherer Territorialherrn sprachen. Diese Aufgabe ist für Deutschland drängend und mindestens ebenso berechtigt, gleichwie dereinst die Einigung des antiken römischen gemeinen Rechts des jus gentium mit dem persönlich partikularen jus proprium der einzelnen civitates und dem verschiedenen, an Grund und Boden haftenden Rechte Italiens und der Provinzen durch Justinians Compilation! Denn in Deutschland gelten gleichfalls mächtige, generelle wie partielle Codifikationen; u. a. ein preußisches, österreichisches, bayerisches und sonstiges Landrecht, ein code civil, Specialgesetze; in Bayern beispiels-

Digitized by Google

weise gelten alle diese großen generellen Gesetzgebungen und im Ganzen mehr als 40 Partikulargesetzgebungen, welche so mit Grund ihrer Einigung harren, ohne daß hier ein räumliches Gesetz Hinderungen bietet, nachdem jetzt eine einheitliche Gesetzgebung und ein höchster Gerichtshof einheitlich fortbesteht; (§ 5, III 1, S. 502 ff. mit § 6 I d, S. 554.) — 2. Abgesehen vom überlieferten Rechte können die einzelnen Neubildungen von der Art des § 2 I 2 gegen die doktrinären Ankämpfungen unserer widerstrebenden historischen Doktrin festgestellt werden, soweit dieselben bereits construiert sind. Liegt eine wissenschaftliche Construktion noch nicht vor, so wird nichts erübrigen, als ein, mit Unrecht so bezeichnetes (S. 400) faktisches Material, selbst den juristischen Inhalt wesentlicher Präjudizien, unconstruiert aufzunehmen, und deren wissenschaftliche Construktion einer dereinstigen realistischen oder praktischen Wissenschaft in Theorie und Praxis vorzubehalten.

Sind alsdann unsere Partikularrechte generell geeinigt, dann wird sich weiter fragen: Wie ist dereinst der legislative Ausbau unseres real lebenden Rechts, welcher von der, bisher unsere Litteratur beherrschenden, historischen Schule versäumt wurde, nachzuholen, soweit dies bis jetzt noch nicht geschehen ist? Ist zu einem weiteren Ausbau nach gemessener Zeit wieder eine allgemeine Codifikation oder nur eine fragmentarische Gesetzgebung vorzuziehen? Daß jetzt eine allgemeine Codifikation nothwendig ist, um die willkürliche Zerrissenheit unseres ganzen Rechtssystems durch Partikularrechte zu beseitigen, wurde ja bereits als feststehend betont. Dann aber wird späterhin wohl eine, von einer praktischen Wissenschaft vorbereitete, fragmentarische Gesetzgebung vorzuziehen und das Losungswort eines vollendeteren Rechtszustandes erscheinen! — Wie bemerkt, ist ja auch eine solche fragmentarische Gesetzgebung in der Form von Novellen jeder, noch so bedeutenden Gesetzgebung mit Nothwendigkeit nachgefolgt! So der vollendeten Justinianischen Compilation die zahlreichen Novellen Justinians, Feuerbachs Strafgesetzbuch die Novellen Gönners ꝛc. Auf diese Weise kann alsdann erst eine unterstützende Civilgesetzgebung die von Savigny gelehrte Selbstentwicklung unseres Rechts wirksam unterstützen. Schon bisher hat eine solche Specialgesetzgebung im Partikularrechte höchst segensreich gewirkt! Wir erinnern an die Specialgesetzgebung des deutschen Handels- und Wechselrechts, an Gönners Hypothekenrecht, an das Grundbuch ꝛc. Diese Fragmentargesetzgebung ist, sobald das Rechtssystem durch Beseitigung der Partikularrechte einheitlich hergestellt ist, werthvoller, als eine generelle. Wäre diese Einigung schon zuvor dagewesen, dann wäre vielleicht eine generelle Codifikation auch bei uns ebenso entbehrlich und eine Weiterbildung des Rechts durch eine praktische Wissenschaft und Fragmentargesetzgebung allein möglich gewesen, wie zur Zeit der classischen Jurisprudenz Roms. Diese Fragmentargesetzgebung nämlich hat vor der generellen den Vorzug der Vollendung voraus. Sie vermag das, durch eine Praxis und praktische Wissenschaft einer Praxis und Theorie

Digitized by Google

wie Doktrin erfahrungsgemäß für nothwendig Erkannte aus einer ruhigeren Ueberlegung, vielleicht an der Hand von Monographieen oder Forschungen von Specialisten, welche die Forschung eines Menschenlebens voraussetzen, als reife Frucht in das, alsdann schon vorliegende einheitliche System einzufügen, ohne auch ab irato nur momentanen Eindrücken zu folgen! — Die bloße Sammlung und Zusammenstellung solcher Fragmentargesetze mit den Ergebnissen der Praxis und Theorie unterliegt dann keinerlei Schwierigkeiten mehr. Schon bisher war ja das gemeine Recht Deutschlands in Justinianischen Institutionen, Pandekten, Codex, Novellen, im canonischen, im Reichsrechte, im modernen Handelsgesetzbuche wie in Specialgesetzgebungen zerstreut, so daß die Zersplitterung des Materials kaum stärker hätte sein können. Die Sammlung und Aufzeichnung besorgten aber die Pandekten Seufferts, Windscheids ꝛc. ohne Schwierigkeit und vielleicht besser, als ein Gesetzbuch.

Hieran reiht sich aber dann eine weitere Frage: Welches ist die beste primäre „Form" einer ersten Aufzeichnung eines praktisch sich fortwährend bewegenden und entwickelnden Rechts einschlüssig der jeweiligen Tagesfragen? Vielleicht ist nach dem Erlasse eines generellen Civilgesetzbuches und erst jetzt der richtige Zeitpunkt gekommen, mit Savigny wieder von neuem an die Möglichkeit einer Verbindung von Judikatur und Gesetzgebung zu erinnern, welche an Beweglichkeit und Sachlichkeit wohl jede andere erste Rechtsaufzeichnung übertreffen würde! Schon früher wurde nämlich nach dem Vorgange Savigny's erwähnt, welch' ungemeine Vorzüge die Regelung des, sich entwickelnden lebenden Rechts dereinst in dem, dessen Bewegungen auf dem Fuße folgenden prätorischen Edikte bot: Kein Gesetzgeber vermöchte je diese Art dieser Regelung zu überbieten! Es ist nun wohl an der Zeit, darauf hinzuweisen, wie allem Anscheine nach mit vielem Rechte, Savigny selbst gerade die Nachbildung dieser Form, ähnlich wie, wenn auch freilich keineswegs in der schwerfälligen Form unserer früheren Plenarbeschlüsse, auch für uns als zweckmäßig und möglich erachtete. (Sav., Beruf unserer Zeit f. Gesetzg. u. Rsw. 3. Aufl. § 3 S. 17; ebenso in s. System Bd. I S. 205 mit 117 u. 330 und bes. in seiner Besprechung von Schrader, die prätor. Edikte der Römer auf unsere Verhältnisse übertragen, Weimar 1815, abgedruckt zur 3. Aufl. von Savigny's Beruf v. 1840 S. 183 ff.) Diese damaligen Vorschläge eben dürften erst jetzt vollständig ausführbar sein und Bedeutung gewinnen, seitdem wir ein einheitliches Reichsgericht haben und sobald unser Civilrecht generell geeinigt, vom Partikularrecht befreit ist, ohne daß der Ausführung, wie wir sehen werden, verfassungsmäßige Hindernisse im Wege stehen dürften.

Das Wesen der Vortheile nämlich, welche das Edikt der römischen Prätoren und sonstiger römischer magistratus vor jeder anderen Rechtsaufzeichnung bot, zeigt sich in folgender dreifacher Weise. — Einmal zeigt sich ein Vortheil darin, daß alle neu auftauchenden,

Digitized by Google

brennenden Tagesfragen der Judikatur sofort und rasch, ohne einen kostspieligen Prozeß zu fordern, durch generelle Feststellung im Edikte im voraus geregelt würden, schon ehe auch nur ein Gesetzgeber einschreiten könnte: und zwar durch ein, mitten im Leben stehendes Organ, und so, wie sich ihm die Lösung nach seiner unmittelbaren Anschauung und Erfahrung des Rechtslebens bei der Rechtsprechung einheitlich nach der ratio des Rechts als berechtigte aufdrängte. Ganz so, wie dasselbe Organ auch als Gericht erst nach, so zu ersparenden Kosten und Mühen eines Prozesses, erkannt haben würde! — — Zweitens zeigt sich ein Vortheil darin, daß diese Aufzeichnung, soweit sich dieselbe allenfalls im Laufe des Jahres nicht praktisch bewährt haben würde, nach Ablauf dieses Jahres auch fortwährend wieder — ganz ebenso, wie es erlassen wurde, — ohne einen schwerfälligen Gesetzgebungsapparat von neuem verbessert und den, inzwischen sich ergebenden Mängeln wieder von neuem abgeholfen werden könnte. — Endlich zeigt sich ein dritter Vortheil darin, daß diese ganze Aufzeichnung, wie Savigny selbst (Syst. I S. 117) besonders treffend ersehen läßt, so nicht auf dem Wege einer Gesetzgebung, sondern, und zwar auch jetzt verfassungsgemäß, schon auf dem Wege einer Praxis ausführbar wäre, wie in der römischen Republik und später, mit allen Vorzügen oder Vortheilen einer rasch und einheitlich eingreifenden Praxis, ohne doch später eine Gesetzgebung zu hindern, definitiv einzugreifen und einzelne Entscheidungen gesetzlich zu ordnen! So würden durch diesen dritten Grund gegen diese vorläufige Redaktion der jeweilig sich der Rechtsprechung aufdrängenden Fragen auch die verfassungsmäßigen Hindernisse beseitigt werden, zufolge deren heutzutage ein Recht nur mittels Gesetz, nur mittels eines mühevollen Apparates unter Zustimmung des Bundesrathes und Reichstages durch den Kaiser festgestellt werden darf: Der mit juris dictio ausgestattete praetor nämlich schon erließ nicht etwa: ein Gesetz; sondern er sprach nur aus, was er selbst im Laufe des Jahres für Recht halten und mittels der, von ihm, für jeden Fall besonders festzustellenden formula seines Formularprozesses als Recht handhaben werde, selbstverständlich nur solange, bis für solche Fälle ein Gesetz erlassen wird, welches ja auch ihn bindet; dasselbe also, was er bei weit kostspieligerer Durchführung eines Prozesses in der zu erlassenden formula oder im Beweisurtheile gleichfalls hätte aussprechen müssen! So ähnlich könnte also das Reichsgericht, keineswegs, wir wiederholen dies, aussprechen, was Recht sein sollte; dazu wäre es ohne Gesetz nicht competent, sondern nur: was es selbst als Gericht innerhalb seiner Judikatur als Recht erkennen werde! Dadurch entstand in Rom bekanntlich die Unterscheidung des Rechts, welches ipso jure, also durch Gesetz Gewohnheitsrecht ꝛc., und des Rechts, welches nur jurisdictione praetoris gültig war. Das, das Edikt erlassende Organ müßte aber auch in der Gegenwart wohl die höchste richterliche Instanz sein, welche alsdann selbst in einem Prozesse nur in gleicher Weise erkennen

Digitized by Google

würde: das Reichsgericht! Dann wären wohl alle verfassungsmäßigen Bedenken gegen die heutige Zulassung eines solchen Edikts, gegen eine vorherige Feststellung der Entscheidung, nach welcher neu auftauchende, rechtlich noch unentschiedene Fälle richterlich entschieden werden könnten, beseitigt.

Das Verfahren ist dann Sache der Ausführung! Entweder das ganze, in Civilsachen thätige Reichsgericht könnte die Aufstellung eines einheitlich feststellenden Referenten vorschlagen, oder eine Delegation, oder der Präsident des Reichsgerichts, oder die Regierung könnte, wenn einmal ein hervorragendes Talent existierte, solange dies der Fall, dieses oder ein Mitglied des Reichsgerichts zum Redaktor und Referenten mit monokratischen Befugnissen ernennen. Die Vorzüge einer solchen vorherigen, durch eine gewiegte Jurisprudenz einheitlich systematischen Feststellung des Rechts wären aber wohl enorme. Während jetzt eine, zuvor noch unbekannte Tagesfrage einen nur zufällig aufgestellten Referenten trifft, welcher, gedrängt durch eine rasche Entscheidung des einzelnen Falles, beengt von den hiebei zufällig mitspielenden Interessen seinen Vortrag erstatten muß, während der Präsident, welcher die Akten austheilt, kaum auch nur voraussehen kann, welche Tagesfragen bei der Entscheidung alle auftauchen können, und wer zum Referenten ausgewählt wird, könnte jetzt ein, zu der Frage besonders ausgewählter, mit ihr vertrauter, gewiegter Jurist, ein Specialist etwa ꝛc., unter Beachtung der bisherigen, sich vielleicht widersprechenden Präjudizien nach Muße die Lösung und Feststellung der Tagesfragen vorbereiten. Dieser Referent wäre allenfalls weiter zu ermächtigen, sich beliebige Rechts-Gutachten von anderen Juristen der Praxis oder Theorie, etwa von solchen, von welchen praktisch brauchbare Monographien ꝛc. bereits vorliegen, ebenso von Sachverständigen, Technikern einzufordern, und darauf hin ein schriftliches, gedrängtes Referat zu erstatten. Dies könnte durch Druck zu vervielfältigen, jedem Mitgliede der Civilsenate, auszugsweise vielleicht selbst der Presse mitzutheilen oder bei wichtige Fragen durch den Buchhandel zu veröffentlichen sein. Nach Ablauf einer bestimmten Zeit aber, welche sowohl ein Studium der Richter, als eine Besprechung durch die Oeffentlichkeit der Presse ꝛc. ermöglichen würde, wäre darüber etwa von den vereinigten Civilsenaten wie über eine Spruchsache mit Zuziehung der Staatsanwaltschaft ꝛc. zu entscheiden. Die Entscheidung wäre, wie bisher das Präjudiz, in seiner Begründung zu veröffentlichen, der so festgestellte Rechtssatz, das neue Institut (§ 2 I 2) ꝛc. aber wäre etwa in ein, zu veröffentlichendes Album aufzunehmen, welches das, nach Ablauf eines Jahres wieder in gleicher Weise corrigierbare Edikt vertritt, und welches alsdann bei Bedarf jeden Augenblick durch ein neues Edikt des nächsten Jahres und durch eine Reichsgesetzgebung einer möglichen Verbesserung zu unterziehen wäre, ähnlich wie die bisherigen Präjudizien der getrennten Senate. Dies würde ein principielles und systematisches Unterstützen des Rechtslebens, ein

Digitized by Google

bewußteres adjuvare, supplere und corrigere des überlieferten Rechts zulassen. Ob dies Edikt mit seiner provisorischen Regelung des Rechtslebens unbeschadet erworbener Rechte noch weiter gehen darf, soweit, wie die jurisdictio des römischen praetor, welcher zugleich »jus facere potest«, wäre Sache der legislativen Erwägung.

Die Rechtsentwicklung des sich bewegenden Lebens des Rechts ist in unserer, rasch sich entwickelnden Zeit wieder eine so reiche und intensive, wie im dereinstigen römischen Weltreiche. Dies beweisen die wachsenden Bände unserer Präjudiziensammlungen. Sie erfordern eine raschere, autoritative und doch systematisch einheitliche Aufzeichnung des sich entwickelnden Rechts, wie im antiken Rom. Diese Rechts-*Entwicklung* wird sich, wie schon erwähnt, voraussichtlich in Deutschland noch steigern: Theils durch den Erlaß eines neuen deutschen Civilgesetzbuches, welches einen Ausbau seines Inhaltes wie dessen Ineinklangsetzen mit dem bisherigen Rechte fordern wird. Theils infolge einer möglichen Besserung unserer Theorie, wenn diese nach einer Entfernung vom Leben nahezu von der Dauer eines Jahrhunderts, wie in verflossenen Jahrhunderten und wie im classischen Rom wieder beginnen wird, das Recht mittels der Rechtsquellen unmittelbar aus dem lange mißkannten Leben zu schöpfen! Und diese ediktartige Aufzeichnung des lebenden Rechtes operiert dann sowohl rascher, als der schwerfällige Apparat einer Gesetzgebung, als besser, als die, möglicherweise widersprechenden Präjudizien einzelner Senate. Auch wird dies Vorgehen beitragen, das Anwachsen der Präjudizien-sammlungen mit ihren mehr und mehr anwachsenden Bänden einigermaßen zu verhüten.

So würde sich, auch selbst nach dem Erlasse eines nicht ausreichenden Gesetzbuchs, ein zweifacher Weg einer fragmentarischen Rechtsaufzeichnung und eines weiteren Ausbaus unseres Rechts als möglich ergeben: *Provisorisch* durch eine *Art Edikt*; *definitiv* nach vielseitigem Anerkenntnis durch eine *fragmentarische Gesetzgebung*. Wie erwähnt, erkennt ja auch die letztere nebenbei selbst ein Savigny als berechtigt an! Es wäre irrthümlich, anzunehmen, daß selbst auch Savigny, abgesehen von einer generellen, eine jede Civilgesetzgebung perhorresciert hätte; sowohl im Prozesse als im Civilrechte. (M. vgl. dessen Beruf unserer Zeit, 3. Aufl., S. 16, 17, 40, 81, besonders S. 130 und 131, 133—134.) — Auf diese Weise dürfte sich in Deutschland die Möglichkeit und das Bedürfnis einer *fragmentarischen Fortbildung nach* einer generellen Gesetzgebung da noch ergeben, wo letztere entweder für das bisherige oder für das künftig sich neubildende Recht nicht ausreichen würde!

4. Der *Ausschluß des Gewohnheitsrechtes* durch § 2 des ersten Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich von 1888. — Eine überraschende Vorschrift dieses § 2 lautet: „Gewohnheitsrechtliche Rechtsnormen gelten nur insoweit, als das Gesetz auf Gewohnheitsrecht verweist". Die Motive zu diesem § 2 erläutern

Digitized by Google

S. 7, daß damit sowohl das derogatorische, als das ergänzende, somit jedes Gewohnheitsrecht ausgeschlossen werden solle. Dieser § 2 ist allerdings in zweiter Lesung gefallen. Aber die Frage ist damals dem Ausführungsgesetze vorbehalten und insoweit eine offene geblieben. (Jecklin, Beitr. von Rassow ꝛc., Bd. 35, 1891, S. 839.)

Alles Recht nun lebt mit Geist und Körper, d. i. mit Naturrecht und Geschichte. Wie aber die inneren Gründe eines Naturrechts durch Juristenrecht, so wird normal die Geschichte durch Gewohnheitsrecht dauernd geregelt, solange ein Gesetzgeber nicht künstlich eingreift. Es gibt sogar bestimmte, sog. fixe Rechtsstoffe, welche nie durch inneren Geist eines Natur- oder Juristenrechts, sondern nur durch Geschichte, Gewohnheitsrecht oder Gesetz überhaupt festgestellt werden können (§ 6 II B c S. 561 ff.). Das Leben des Rechts ist ferner so reich, daß es ein Gesetzbuch nie erschöpfen kann, also das Recht, die regula auf das jus, quod est, verwiesen werden, nimmermehr das Leben auf das Gesetz beschränkt werden kann! Eine Gesetzgebung ist auch in allen Rechtsfragen, namentlich in denen des kleinen Mannes, mit ihrem schwerfälligen Apparate von Bundesrath, Reichstag und Kaiser unmöglich immer parat und sofort in Schwingung versetzt, um solche ihr unbekannte Verhältnisse zu regeln, welche doch auch geregelt werden müssen. Nun will unsere nationale Gesetzgebung eine ganze Rechtsquelle unterbinden, ausrotten, welche normal allein bestimmte Rechtsverhältnisse regelt und regeln kann! — -- Der erste Eindruck ist: Man solle nicht zu viel regieren, namentlich da, wo dies nicht möglich, sondern schädlich ist: Das „Unrecht" bedarf der Bevormundung, nicht die realen, ewigen Gesetze, welche die Wohlthat des „Rechts" gewähren und ordnen. Der Schaden eben, welchen Savigny's lebensunerfahrene Schule bisher dem Leben und seiner Praxis zufügte, der Grund, warum er Theorie und Leben spaltete, bestand ja hauptsächlich darin, daß auch er zwar theoretisch das Tonangeben des Gewohnheitsrechtes lehrte, (S, 215), dasselbe aber thatsächlich mit Naturrecht verwechselte und alle Bewegung und Entwicklung, auch der Geschichte, alle unwillkürliche Neubildung von der Art des § 2 I 2 (S. 192) als staatsgefährlich von seiner Lehre fanatisch ausschloß! (S. 283 Ziff. 7, S. 272 f., S. 87 ff.) Deshalb der große Kampf der Praxis gegen seine lebenstödtende Theorie; deshalb die Errettung des praktischen nationalen Rechts durch „J. A. Seuffert's Archiv", welches die schädigenden Antiquitäten des, rein römischen Rechts der Schule Savigny's nie hätte beseitigen können, wenn es sich blos auf einen „Geist des Gesetzes" oder Naturrecht, nicht auf das reale, nationale Gewohnheitsrecht unseres Volkes gestützt hätte, auf das Recht, welches uns der doktrinäre Savigny zu stören und zu entziehen im Begriffe stand, obwohl er dessen Geltung theoretisch lehrte!! — — Nach langen weiteren Kämpfen gegen dieselbe Schule ist endlich auch eine praktische, nationale Gesetzgebung durchgedrungen: Man sollte glauben: Sie werde doch endlich die segenvolle Selbstentwicklung des Lebens des Rechts retten! Was

Digitized by Google

war aber ihr erster Schritt? — Ihre ersten beiden Paragraphen schon wollen das Knochengerüste durchsägen, auf welches sich stützend endlich unsere Jungfrau justitia ihre hehre Gestalt wieder aufrichten, selbstthätig nützen, an welches sich der Blutumlauf ihres Inneren belebend und befruchtend anlehnen kann. Aehnlich praktisch lebendes, von selbst entstehendes Recht, wie es bisher entstanden ist, Handelsrecht, heimische Reallasten, Servituten, Besitz-, Genossenschaftsverhältnisse, Erbverträge, Alimentenklagen 2c.), das Recht, welches von dem Drucke seitens einer todten Doktrin wieder aufathmen, Verkehr, Wohlstand beleben sollte, wird auch fernerhin unwillkürlich entstehen und sich spontan ausbilden wollen: Ja, von der freien Entwicklung, dem Verständnisse dieses Gewohnheitsrechts wird auch fernerhin die Wahrheit, die Brauchbarkeit, die Größe der Erfassung unseres jus, quod est, nach Römerart bedingt sein: Dies Recht nun, welches künftighin dringendes Bedürfnis zufolge opinio necessitatis und Uebung fordern wird: es soll ausgeschlossen werden? Die gleiche Zwangsjacke, welche ihm zuvor doktrinärer Romanismus, sollte ihm jetzt eine praktische Gesetzgebung selbst anlegen, welche in einem, doch völlig unvorbereiteten, niemals ausreichenden, weil schon von einer romatischen Schule gehemmten, Gesetzbuche allein alles Recht „machen" und das Leben des Rechts: — des Rechts, nicht etwa des Unrechts, — hemmen zu müssen glaubt! Eine solche Gesetzgebung gliche ja dem künstelnden Arzte, welcher dem Ideale Jungfrau Justitia, dem Werke der frei waltenden Schöpfung, durch Aderlässe den besten Lebenssaft, hier wenigstens das Knochengerüste zu entziehen sucht. Ist es nicht, als ob eben jetzt Praxis, Juristentag, Gesetzgebung einen wahren Wettlauf mit Savigny's romantischer Schule veranstalten wollte, um die realen Gesetze des Lebens des Rechts zu verkennen und diesem die wichtigste Rechtsquelle des eignen Lebens zu unterbinden? Ist die Aufhebung dieser Lebensader nicht das zweischneidige Schwert, welches sogar von dieser romantischen Schule ganz zurückprallt und die eigne Praxis tödtlich zu verletzen droht? Wollen wir eine alternde antiquarische Schule dadurch beseitigen, daß wir ein neues unzureichendes Gesetz wieder zur gleichen Antiquität machen, und in demselben unseren Lebensnerv durchschneiden? — Hat je ein modernes Gesetzbuch, selbst ein Strafgesetzbuch (z. B. § 3 III 2 S. 329 f.), ein Gewohnheitsrecht wirklich zu beseitigen vermocht, namentlich wenn es alterte, wie ein Code Napoleon, eine Carolina? Vielleicht auf dem Papiere: ja. In der Wirklichkeit aber niemals: die Erfahrungen des beweglichen modernen Strafrechts mit ihrer prompteren Gesetzgebung können dies für ausführbar halten, die Erfahrungen des reicheren Civilrechts wie älteren Strafrechts niemals!

Die Gründe? — Was konnte nun aber unsere praktische Civilgesetzgebung vermocht haben, sich so den eignen Lebensfaden zur Entwicklung und Fortbildung ihres Rechts zu durchschneiden? — Die Motive zum ersten Entwurfe 1888, Bd. I S. 6 erwähnen: Der an das Gesetz gebundene Richter dürfe nicht nach Sätzen sprechen, die

Digitized by Google

nach dem Willen! des Gesetzes kein geltendes, anwendbares Recht enthalten!! Welche Mißverständnisse! Sollte das ein Gewohnheitsrecht sein? Beruht denn nicht das ganze Wesen des Gewohnheitsrechts gerade umgekehrt darauf, daß es, (wenn auch nur ein tacitus) consensus »omnium« ist? Folgt denn aus dem, noch nicht Erwähnen im Gesetze der bureaukratische Satz, daß alles im Gesetze nicht Erlaubte: das Athmen, das sich Bewegen ꝛc. des Rechts Unrecht, Delikt ist? Ist Selbstentwicklung nicht das Zeichen der Kraft der Nation? Und wenn ein entgegengesetzter Wille des Gesetzgebers, der Regierung, der Volksvertretung vorliegt, darf dann noch ein Gewohnheitsrecht als gegeben angenommen werden? Ist denn eine consuetudo contra legem zulässig, und so nicht vielmehr den Vorschriften wie dem Wesen des Gewohnheitsrechts selbst zuwider? Zulässig ist ganz im Gegentheil eine consuetudo contra legem nur dann, wenn concludente Gründe dafür gegeben sind, daß der Wille des Gesetzgebers irrthümlich erklärt ist oder sich selbst mit der allgemeinen Ueberzeugung des Volkes geändert hat ꝛc., so daß wir einem Willen des Gesetzgebers selbst gehorchen ꝛc. Ist aber dieser Wille wieder da, warum sollte ein concludenter tacitus consensus nicht ebenso gewohnheitsrechtlich wirksam sein dürfen, wie ein ausdrücklicher? Z. B. der Wortlaut des § 223 R.St.G.B. bestraft alle vorsätzlichen Schmerzzufügungen ohne Ausnahme, also auch die der Eltern, Lehrer; alle Regierungsverordnungen aber regeln, gestatten also, die Uebung dieses Züchtigungsrechtes der Lehrer, Eltern, ohne dessen Anwendung die gesunde Moral des Volkes leiden würde! Warum soll da eine concludente opinio necessitatis diese „gewohnheitsrechtliche" Uebung nicht als berechtigt erscheinen lassen, welche das beigefügte Requisit „widerrechtlich", (d. i. ausnahmsweise gestattet,) in Theorie und Praxis längst zum Ausdrucke bringt? Aehnlich dereinst bei der Aufhebung einer Sklaverei, Folter, Hexenverbrennung ꝛc.! — Weiter befürchten die Motive I S. 8, daß die Zulassung eines Gewohnheitsrechtes die Schaffung eines einheitlichen b. Rechts gefährden würde; die Bildung eines Gewohnheitsrechts werde in Zukunft schwierig. Gewiß ist auch diese Befürchtung ohne Grund! Einmal: hindert dies Ueberwuchern des partikularen Gewohnheitsrechts nicht schon der durchschlagende Satz des Reichsrechts, daß gemeines Recht das partikulare bricht, vollauf? Hat es ferner nicht das einheitliche Reichsgericht, abgesehen von der vermeintlich stets paraten Reichsgesetzgebung, selbst in der Hand, das sich Eindrängen partikularen Gewohnheitsrechts auch in der Praxis nicht zu gestatten? Würde nicht gerade dadurch, daß wir das Gewohnheitsrecht, dieses Produkt unabweisbaren Bedürfnisses wie einer opinio necessitatis, aus dem gemeinen Rechte hinauschikanieren wollten, dies Bedürfnis: seine Anerkennung gerade wenigstens im Partikularrecht versuchen müssen? Gerade dies hieße also das Partikularrecht begünstigen! durch die bureaukratische Nichtbeachtung der Thatsache, daß das Recht eben „lebt" und sich bewegt, bewegen muß mit den sich

Digitized by Google

ändernden Verhältnissen! Sind diese Bewegungen von der Art des § 2 I 2 nicht nothwendig und im hohen Grade wohlthätig gewesen: In Usancen des Handelsrechts wie in andern Uebungen? (§ 4 a. A.) Zudem ist ja das, was man gemeinhin als partikulär bezeichnet, sehr oft nur specielles, allgemein mögliches, und nicht partikulares, Recht. Wenn z. B. verschiedenes eheliches Güterrecht sich vertragsmäßig bildet, wenn die Armuth, um bequemer zu leben, sich sog. Herbergen, Heimstätten baut, in welchen das obere, vielleicht mit besonderer Freitreppe zugängliche Stockwerk einem andern Eigenthümer gehört, sind dies partikuläre Rechte? Was hindert die Dispositionsfreiheit, dasselbe in ganz Deutschland zu thun? Was hat eine Zuvielregiererei hier für einen Grund, immer verbietend einzuschreiten? Glaubt aber ein Gesetzgeber einen berechtigten Grund zu haben, bestimmte gewohnheitsrechtliche Entscheidungen dennoch zu beschränken, ei da spreche er es klar und offen aus; er verbiete sowohl die consuetudo contra legem, als, daß im Civilrechte das partikulare Gewohnheitsrecht das gemeine Recht brechen darf, ausdrücklich. Aber zu einem solch' radikalen Brechen mit allem Gewohnheitsrechte, welches wohl das Kind mit dem Bade ausschütten dürfte, hat sich nach den Motiven (I S. 6) doch auch der Juristentag nicht entschließen können! — Auch die weitere Annahme der Motive S. 7, daß die Bildung des Gewohnheitsrechtes künftig schwieriger werde, dürfte eine reale Lebensanschauung kaum bestätigen! Denn dann müßte eben künftighin die Bewegung der Geschichte und des Lebens enden, wie im Leben der Ahne nie mehr durch Kinder, neue Männer und Greise ersetzt werden! Wo ist ferner dies Gew.-Recht verzeichnet? In Seufferts Archiv; jetzt in Reichsgerichtsentscheidungen und sonstigen Präjudiziensammlungen. Hören nun diese jetzt auf? Im Gegentheil; man klagt, daß sie an Umfang immer zunehmen! Und eben hier zeigt sich ja auch die Einheitlichkeit des Reichs-Gewohnheitsrechtes vom Meere bis zu den Alpen! Gerade dies also beweist, daß dies Gewohnheitsrecht fortwährend das Palladium für die Lebenswahrheit unserer einheitlichen Rechtserkenntnis bietet. — — Zuzugeben ist ja der Grund der Motive I S. 3 u. 6: Der aprioristische Satz der romantischen historischen Schule, zufolge dessen der letzte Grund, die letzte Quelle allen Rechts doch wieder nur die „Vernunft" der Völker sein sollte, würde die Beseitigung des geschichtlichen Gewohnheitsrechtes nicht hindern: Aber gerade dieser Satz ist ja eben nur einer der vielen (z. B. § 3 II A 1—8) Widersprüche der historischen Schule mit sich selbst; ein Satz, mittels dessen dieselbe sich eben schon gleich bei ihrer Entstehung sogar selbst aufgibt und selbst ihrem Feinde Naturrecht huldigt; wie eben alle Aprioristik im Naturrecht ihren letzten Grund suchen muß! Aber dieser Satz ist eben historisch falsch, weil geschichtlich und empirisch alles Recht nicht a priori aus Vernunft allein, sondern umgekehrt aus realer erfahrungsgemäßer Wirklichkeit zu finden ist und in Wirklichkeit kein Recht ohne Geist und Körper, ohne Naturrecht und Geschichte zugleich entsteht

Digitized by Google

und besteht! (§ 6, 1, b S. 539 f.) Weder Gesetz, noch Gewohnheitsrecht, noch das empirische Naturrecht des Juristenrechts selbst besteht und gilt ja ohne sofortige Verkörperung zur Geschichte! Z. B. blos naturrechtliche Agitationen zur Aufhebung der Todesstrafe, der Fideikommisse, von Strafrechtsbestimmungen über Verletzungen der Religion ꝛc.! Wir würden so also nur aus dem Fehler des Extrems der historischen Schule in den Fehler des anderen Extrems: des Naturrechts fallen! Deshalb somit darf auch eine Gesetzgebung das altehrwürdige Gewohnheitsrecht aus bloßen Vernunftgründen eines Naturrechts allein aus dem doppelten Grunde nicht beseitigen: Theils weil, wie soeben gezeigt, Vernunftgründe zu seiner Beseitigung nicht vorliegen. Theils weil, wie jetzt noch zu zeigen, Gegengründe bestehen, welche dessen Beibehaltung gebieten!

Die Gegengründe? — Auf verschiedene Weise könnte man sich demzufolge aus geschichtlichen Erfahrungsgründen die juristische Unmöglichkeit einer Aufhebung eines Gewohnheitsrechtes durch ein bloßes naturrechtliches Machtgebot eines Gesetzgebers zu Recht legen!

a) Man könnte vor allem mit vollem Fuge behaupten, dem Gesetzgeber fehlt, um eine Rechtsquelle zu verbieten und überdies zur Aufhebung jedes kommenden Gewohnheitsrechtes, geradezu das, was wir empirische Competenz nennen wollen! — Das Gewohnheitsrecht steht nämlich, erfahrungsgemäß und allerorts allseitig anerkannt wie geschichtlich ersichtlich, dem Gesetze an Wirksamkeit vollständig gleich, in der Art, daß ein späteres Gewohnheitsrecht immer und von jeher ein früheres Gesetz, wie umgekehrt ein späteres Gesetz ein früheres Gewohnheitsrecht aufhob nnd aufhebt. Alle Welt, Savigny (Syst. I, § 18 S. 82 ꝛc.), die Motive des ersten deutschen Entwurfs von 1888 Bd. I S. 3 Ziff. 3, S. 6, I selbst, wie früher der Juristentag, erkennen ja an, daß „Gesetz und Gewohnheitsrecht als selbständige Rechtsquellen ursprünglich in gleicher Kraft und Bedeutung nebeneinander stehen". Diese Competenz also ergibt die nothwendige, auch geschichtlich gegebene Erfahrung der inneren Natur des Rechts: Diese zeigt, wie diese Geltung für uns unwillkürlich gegeben ist, ohne daß sie Willkür und Satzung der Menschen erst geschaffen, also auch aufheben könnte. Dasselbe zeigt sich, wie erwähnt, auch so: Das Gesetz ist ein ausdrücklicher Ausspruch des Gesetzgebers; das Gewohnheitsrecht dagegen ein, gleich wirksamer, concludenter, möglicherweise selbst unbewußter Ausspruch eines ganzen Volkes, als Regierung und Regierte vereint, also einschließlich des Gesetzgebers: ein tacitus consensus omnium! Wenn nun juristisch bekanntlich der ausdrückliche Ausspruch dem concludenten vollständig gleichsteht, warum sollte der Gesetzgeber ein Recht nur ausdrücklich aufheben können, nicht aber auch mittels eines, wenn auch theoretisch unausgesprochenen, thatsächlich bei klarerer Ueberlegung dennoch gewollten Aktes? Man denke an die gemeinrechtliche Aufhebung der römischen Sklaverei ꝛc. in Deutschland bei der Reception des römischen Rechts, später der

Digitized by Google

Folter, des Hexenverbrennens der Carolina ꝛc.! Ist aber so, erfahrungsgemäß und geschichtlich unwillkürlich, Gesetz und Gewohnheitsrecht an Macht und Herrschaft sich gleich, so ergibt schon eine zwingende Nothwendigkeit und Consequenz, daß beide völlig gleich wirksame Faktoren sich doch unmöglich selbst die rechtliche Existenz entziehen können, welche sie sich nicht gegeben haben! Können sich denn zwei selbstständige und gleichberechtigte Herrscher an sich rechtlich absetzen? Ein Papst und ein Kaiser? Ein Minister: der Polizei, der Finanz ꝛc.? Es ginge dies doch einfach gegen eine, unwillkürlich „gegebene" faktische wie rechtliche Weltordnung! — Beim Gesetz sieht man überdies ein, daß kein Gesetz competenterweise einer künftigen Gesetzgebung präjudicieren kann: Kein Gesetz kann aussprechen, daß die Zukunft kein Gesetz mehr erlassen kann! Denn der Gesetzgeber der Zukunft ist ebenso berechtigt, über sein Recht zu verfügen, wie der gegenwärtige! Im gleich berechtigten Gewohnheitsrechte aber verfügen, wenn wirklich ein solches, ein tacitus consensus omnium vorliegt, ganz dieselben Faktoren: Nun soll hier wirklich ein Gesetzgeber aussprechen können, daß künftighin ein ganzes Volk, Regierte, Regierungen und Gesetzgeber nicht mehr concludent ihren gemeinsamen Willen nach legalem Gewohnheitsrechte zum Ausdruck bringen dürfen, welches dem Gesetze an Macht gleichsteht? — Dazu kommt, daß das Gewohnheitsrecht sehr häufig ja auch die, von Puchta schon hervorgehobenen höheren Sittengesetze in sich birgt, welche sogar jeder Rechtsquelle vorgehen und ihrerseits selbst das „Gesetz aufheben" können: die boni mores, die Verstöße gegen turpitudo! (§ 7 A, 4, § 6 II B b und c 2)! Wie sollten also auch solche Uebungen, welche erfahrungsgemäß rechtlich die Gebote des Gesetzgebers selbst beseitigen dürfen, von dem, hier speciell sogar untergeordneten Gesetzgeber beseitigt werden können?! — Kurz dem Commando des Gesetzgebers, daß künftighin sich kein „unwillkürlich" entstehendes und herrschendes Gewohnheitsrecht mehr bilden solle, stehen wohl hienach sowohl faktische Gründe einer höheren, unwillkürlich gegebenen Ordnung, als juristische Unmöglichkeiten, selbst eine juristische empirische Incompetenz entgegen! Das Wesen und die rechtliche Macht des Gewohnheitsrechts, dies unwillkürlich gegebene „Leben" und Gelten des Rechts wie seine unwillkürlich wirkenden Gesetze selbst, würden uns da, nach nicht allzulanger Zeit wohl, von seiner empirisch wirkenden Macht durch Erfahrung belehren können: von dem Mangel der eigenen Macht wie Competenz des Gesetzgebers, ein Gewohnheitsrecht begrifflich oder principiell zu beseitigen, welches ihm an Macht mindestens gleichsteht! Dieser Erfahrung also werden wir gehorchen müssen, nicht aber a priori Recht machen dürfen!

b) Weiter dürfte die theoretische Feststellung des Wesens des Gewohnheitsrechtes — im Grunde nur eine empirische „Schilderung" der Wirksamkeit der unwillkürlich geltenden Rechtsquelle des Gewohnheitsrechts — wie die Ermittlung des Wesens der sämmtlichen Rechtsquellen überhaupt, niemals Sache des Gesetzgebers,



Digitized by Google

sondern Sache der fortschreitenden Erforschung der Wissenschaft und dieser zu überlassen sein, damit nicht theoretische Unrichtigkeiten wie Unmöglichkeiten auch noch gesetzlich fixiert werden! Auch die Begriffe und das Wesen nämlich unserer Rechtsquellen sind ja wohl flüssige Rechtsstoffe (§ 6 II c 2 β); auch von ihnen muß deshalb der Satz gelten: omnis definitio periculosa. Denn jeder bessere, aus der Natur der Sache, aus ihrem nur empirisch wahrnehmbaren Wesen und ihren Wirkungen neuerdings begriffene, entsprechendere Grund vermag dereinst ihr Wesen besser zu erläutern, als jetzt vom Gesetzgeber geschehen könnte, ohne daß eine gesetzliche Fixierung doch dieses Wesens die ganz andere Natur dieses Wesens zu ändern vermöchte! So unwillkürlich ist ja auch dies „Leben", Gelten und Herrschen des Rechts über uns von einer höheren Macht gesetzt, daß kein Commando einer menschlichen Satzung die Art seines Lebens und Herrschens zu ändern vermöchte: Ebensowenig könnte beispielsweise ein Gesetzgeber das Leben des Rechts ändern, als er irgend ein anderes Leben beeinflussen, dem Leben des Menschen sollte gebieten können, daß es des Wachsthums, der Körperwärme entbehren soll, oder daß seinem Auge das, was ihm unwillkürlich nun einmal schwarz erscheint, auf Commando als weiß erscheinen sollte ꝛc. Hier entscheidet einzig die beste Erfahrung eines Gegebenen, Geltenden, dieses Lebens des Rechts seitens einer empirischen Wissenschaft. Beispiele aus dem Rechte: Hätte ein Gesetz bei uns bisher je die Usancen des Handelsrechtes verbieten können, oder die Rechtsgewohnheiten, daß der Besitzer auch ohne animus domini seine, unter suspensivem Eigenthumsvorbehalte erkauften Grundbesitzungen, seine unvertheilten Gemeindegründe zu Recht „besitze", ohne possessor und also auch nach bisherigem röm. Rechte berechtigt zu sein? Könnte ein Gesetz verfügen, daß eine, in Rom gesetzliche, bei uns gewohnheitsrechtlich beseitigte Sklaverei bei uns noch zu Recht bestehe? Ebenso wird es sein bei einem kommenden Gesetzbuche! Was sollte es für einen Werth haben, daß das Gewohnheitsrecht blos dann gelten sollte, wenn das Gesetz, (bureaukratisch, wie § 2 des ersten C.G.B.Entwurfs vorschrieb,) auf Gewohnheitsrecht verweist? Das Gewohnheitsrecht entsteht, wie schon angedeutet, ja doch unbewußt mittels opinio necessitatis, und unwillkürlich namentlich auch da, wo das Gesetz Lücken läßt, eine Bestimmung vergessen hat, oder wo neue thatsächliche Verhältnisse, Ueberzeugungen, ein neues Begreifen erst möglich wird. Wie sollte nun hier schon jetzt eine Verweisung des Gesetzbuches auf die Zulässigkeit eines Gewohnheitsrechts eintreten können? Bieten sich nicht auch hiefür Beispiele? Hier können wir zwar nicht in Beispielen schon jetzt voraussagen, in welchen Fällen neue Verhältnisse, Ueberzeugungen, ein neues Begreifen des sich bewegenden Rechts (§ 2 II a) dereinst einzutreten hat. Aber setzen wir den Fall, ein deutsches Gesetzbuch habe, (was im d. C.G.B.-Entwurf allerdings nicht der Fall ist,) übersehen, daß in Deutschland eben etwa ein ganz gewöhnliches Gewohnheitsrecht: etwa vielfach

Digitized by Google

ganze Straßen von sog. „Herbergen" stehen, in welchen das Eigenthum nicht vertikal, sondern horizontal getheilt ist. Hätte dies das Gesetzbuch übersehen, was sollte mit diesem Gewohnheitsrechte geschehen? Sollten die oberen Eigenthümer jetzt auf einmal das Eigenthum ihres halben Hauses an den unteren verlieren, weil jetzt kein Gewohnheitsrecht einer Herberge mehr zulässig? Sollte da nicht mehr eine opinio necessitatis und constante Uebung beachtet werden; sollten die Bewohner des oberen Stockwerks einfach rechtlos auf die Gasse gesetzt werden dürfen? Dies wäre eine Entziehung wohlerworbener Rechte und unter Umständen Verfassungsverletzung! Kann aber so der Gesetzgeber auch andere, alle derartigen Gewohnheitsrechte in vorneherein kennen, auch solche, welche vielleicht schon bisher im Leben bestehen, ohne daß sie überhaupt jemals noch eine Jurisprudenz auch nur erfaßt hat? (§ 2 II a γ). Diese Aufhebung des Gewohnheitsrechts also könnte Unmöglichkeiten herbeiführen, an welche man zur Zeit noch kaum gedacht! Auch eben die Annahme der Motive, S. 7, daß für solche Fälle, welche längst unbeachtet bestanden, eine, lange Vorbereitung fordernde Gesetzgebung sofort da sein werde, ist ja, wie gesagt, unmöglich! Ueberdies wäre ja eine Möglichkeit des Eingreifens des Gesetzgebers, welcher aber erfahrungsgemäß in vereinzelten Bedürfnisfällen nicht jedesmal sofort da ist, gewiß kein Grund, solche Gewohnheitsrechte zuvor zu zerstören. Denn wenn der Gesetzgeber eingreifen, solch' zwingendes Leben wie Unentbehrliches bekräftigen will, kann er ja auch später nichtsdestoweniger eingreifen, ohne es zuvor schon zerstören zu lassen, bevor er es nur kennt. Dies würde nur wieder zu einer unnöthigen Vielgesetzgeberei, Zuvielregiererei führen! So dürfte auch die flüssige Natur der lebenden, sich mit dem Begreifen bewegenden „Rechtsquellen" überhaupt die Fixierung oder Ausschließung des Wesens des Gewohnheitsrechts verbieten!

c) Auch die juristische Consequenz und weitere empirisch gegebene Grundgesetze des positiven Lebens des Rechts dürften die einseitige Aufhebung einer Rechtsquelle durch den Gesetzgeber verbieten. — Vor allem die Consequenz! Auch künftighin nämlich werden höchste Gerichtshöfe schon ein vereinzeltes, eigenes Präjudiz niemals mißachten können, und Abweichungen von ihrem Präjudize durch Untergerichte, ohne daß bessere Gründe der maßgebenden Rechtsquellen vorliegen, als rechtsirrthümlich auch fernerhin aufheben müssen: Einfach, weil sich dieselben sonst selbst fortwährend widersprechen und die ganze Rechtsprechung grundlos schwanken würde! Das Präjudiz schon gilt als Geschichte und als Ausfluß des Gesetzes der Stetigkeit (§ 7 B, 2). Nun ist aber ein constantes Gewohnheitsrecht nicht etwa blos ein einzelnes solches Präjudiz eines höchsten Gerichtshofes; sondern: weit mehr, ein fortgesetztes, vielleicht unzähligemal wiederholtes Präjudiz! Das Gewohnheitsrecht ist nur das empirisch gegebene Mittel, dies unentbehrliche Präjudiz des Lebens des Rechts und seine Praxis zu festigen, vor Schwanken zu bewahren! Ein ein-



Digitized by Google

zelnes Präjudiz also sollte für den höchsten Gerichtshof unentbehrlich und bindend sein, ein constantes sollte rechtlos, sollte vielleicht Unrecht werden können?! Das wäre sinnwidrig! Die Größe 1 beispielsweise, ein vereinzeltes Urtheil sollte gegeben, Geltungsgrund sein, viele Richtersprüche, die Summen 1 + 2 + 3 + 4 ꝛc. zusammen aber sollten überhaupt nicht mehr Größen, Geltungsgründe eines Rechts sein?! Schon mathematisch also zeigt sich hier die Inconsequenz der Aufhebung eines Gewohnheitsrechtes! — Aber auch pragmatische Grundgesetze des positiven Lebens des Rechts würden durch diese Aufhebung verletzt! Was sollte nach § 1 des ersten d. Civ.G.B.Entwurfs an die Stelle des aufgehobenen Gewohnheitsrechtes treten können? Der Entwurf bestimmt: eine Analogie! Wenn aber das Gesetz absolut nichts Analoges enthält? Dann soll gelten: der „Geist der Rechtsordnung"! Was nun aber ist dieser Geist? Wo steht er geschrieben? Nichts anders ist er, als eben: „der Herren eigner Geist"! Nichts, als Menschen-Vernunft oder: „Naturrecht"! Damit aber sind die primitivsten, empirisch gegebenen Grundgesetze einer unwillkürlich zwingenden Rechtsordnung verletzt, welche man wahren wollte! Schon ein einzelnes Präjudiz ist Geschichte (§ 7 B, 2). Noch zweifelloser aber ist das Gewohnheitsrecht eine empirisch und von jeher gegebene Geschichte und Rechtsquelle: Es würde also so das unterste Grundprincip einer bisherigen richtig verstandenen Rechtsordnung einer historischen wie einer praktischen Rechtsschule gebrochen, wonach das Naturrecht, weil es bei dem Vorliegen einer Geschichte regelmäßig Willkür ist, regelmäßig der positiven Satzung der Geschichte nachzugehen hat! Auch der Entwurf von 1888 will die Willkür des Naturrechts beseitigen, (Motive v. 1888 I S. 16 Ziff. 3). Hier aber setzt der Entwurf die Willkür des Naturrechts über die altehrwürdigste Geschichte!! Man beachte doch, welche furchtbare Verletzungen des gegebenen positiven Rechtslebens dies im Leben des Volkes nach sich ziehen müßte! Was ist ein Gewohnheitsrecht? Die opinio necessitatis des gesammten Volkes und allgemeines Bewußtsein, daß beispielsweise die Sklaverei aufgehoben, das Bewußtsein, die Uebung des Volkes, daß es niemand aus dem bloßen „Besitze" seines Grunderwerbes mit suspensivem Eigenthumsvorbehalte eines andern, aus seinem unvertheilten Gemeindebesitze ꝛc. verjagen darf, auch wo das geschriebene überlieferte römische ꝛc. Recht kein Recht, weder possessio noch Eigenthum anerkennt, daß seine deutschen Reallasten, Servituten und andere Rechte nach Art des § 2 I 2 nichtsdestoweniger geachtet werden ꝛc.: Nun soll jeder grüne Jurist, welcher auch einmal philosophieren will, welcher sich auf seinen subjektiven „Geist einer Rechtsordnung", auf Naturrecht und Willkür beruft, das Volk aus all' diesen Gewohnheitsrechten, aus seinem wohlerworbenen, angestammten Rechte verjagen können? Das wäre geradezu rechtsgefährdend, vermögensschädigend, Rechtsunsicherheit! Man will Naturrecht beseitigen und beseitigt es mit Recht, soweit es Willkür ist: Aber hier

Digitized by Google

sanktioniert man eben die Willkür des Naturrechts gesetzlich, soweit es unzulässig ist, und stellt seine Willkür gesetzlich noch über die heiligste Rechtsquelle der Geschichte! Offenbar also liegt hier so manche aprioristische Unkenntnis von empirisch gegebenen Urgesetzen eines positiven, realen „Lebens" des Rechts vor, welches noch kein Volk ohne Nachtheil thatsächlich verletzte, wenn dies auch aprioristische Naturrechtsphilosophie und Vielgesetzgeberei dem geduldigen Papiere eines Gesetzbuchs schon aufzudrücken versucht hat! Es würde dies den festen Halt unseres Rechtslebens, dessen Stetigkeit geradezu erschüttern! — Wir haben ja bereits zugegeben, daß leider auch in unserer Praxis, nicht blos in unserer Doktrin, die doktrinäre Anschauung vertreten ist, daß das, bei jedem Gesetze Platz greifende Gewohnheitsrecht an den Schwankungen der Praxis im Erfassen des Gewohnheitsrechtes die Schuld trage! (§ 4 D I.) Wir haben aber schon dort, bei Prüfung dieses Einwandes, sofort gezeigt, daß an diesem Schwanken nicht blos das Gewohnheitsrecht, sondern die Bewegung der Geschichte selbst und hauptsächlich nur die Verwirrung Schuld ist, welche gerade die Doktrin der historischen Schule in unserer Praxis dadurch angerichtet hat, daß dieselbe theoretisch zwar die berechtigte Geltung des Gewohnheitsrechts selbst lehrt, praktisch aber die Praxis der Gerichte, soweit diese nur jemals das wirkliche Gewohnheitsrecht nach Art des § 2 I 2 erfaßt und je mit allem Grund anwendete, nichtsdestoweniger fanatisch bekämpfte, weil diese historische Doktrin eben, lebensunfähig wie sie ist, dies rein, geschichtlich sich bewegende Gewohnheitsrecht mit dem Umstürzen eines revolutionären Naturrechts verwechselte!! Wir haben weiter ebenda (§ 4 D I) gezeigt, daß es hier selbst besser ist, wenn die Praxis auch nur ein einziges Mal schwankt, und dereinst auch nur ein einziges Mal nicht foltern, nicht Hexen verbrennen, jetzt die Besitzer, welche zwar nicht römische possessio und Eigenthum, aber doch ein Recht haben, zu besitzen, wie der Gemeindegenosse ꝛc. auch nur ein einziges Mal nicht von ihrem ererbten Grundbesitze verjagt, als wenn sie solch' schreiendes, aprioristisch doktrinäres Unrecht (§ 4 A) fortwährend verübte: Wir sehen also, wie unbegründet, wie rechtswidrig und schadenbringend die aprioristischen Einwände gegen dieses wohlerworbene Gewohnheitsrecht und dessen Beseitigung durch ein deutsches Gesetzbuch wäre! — Damit widerlegt sich auch wohl der Einwand der Rechtsunsicherheit der Motive zum ersten Entwurfe I S. 8—9 selbst und die dort angeführte doktrinäre Befürchtung Ihering's! Seit wann sollte ein wahres Gewohnheitsrecht, diese opinio necessitatis und constante Uebung, auf Rechtsgefühl allein, wie selbst Ihering einwendet, beruhen?! Darf denn je ein Gewohnheitsrecht zugelassen werden, wo es blos Gefühl und auch nur im Leben unsicher, ungleichmäßig angewendet ist? Gerade also die Ungleichmäßigkeit der Usance des Volkes hindert, schließt ja die Bildung eines Gewohnheitsrechtes aus! Wenn nun bisher die Rechtsunsicherheit unseres praktischen Gewohnheitsrechtes selbst in zweifellosen Fällen des § 2 I 2

Digitized by Google

zumeist nur dadurch entstanden ist, daß unsere historische Schule zwar die Geltung eines Gewohnheitsrechts vor allem lehrte, aber, wie gesagt, lebensunerfahren, jedes wirklich angewendete und vielleicht erst jetzt begriffene, in Wirklichkeit aber vielleicht schon ein Jahrtausend geübtes Gewohnheitsrecht von der klaren Art des § 2 I 2 fanatisch bekämpft, als ob alles nicht im römischen ꝛc. Rechte enthaltene Recht gerade Naturrecht sein müßte; wenn ferner selbst die Praxis in abnormen Fällen, von der doktrinären, romantischen Schule verleitet, ihr Gewohnheitsrecht nicht begreifen will (§ 4 D IV): Ei, da gäbe es doch ein ganz einfaches, weit besseres Mittel, als das, für das Leben so ganz unentbehrliche Gewohnheitsrecht des § 2 I 2 zu beseitigen! Dies Mittel eben hieße: statt Aufhebung des wohlerworbenen, im Leben unentbehrlichen Gewohnheitsrechts: Ersetzung der unpraktischen, irreführenden, doktrinären, romantischen, historischen Schule eines vergangenen Rechts selbst durch eine bessere, positive und „praktische" Schule eines, auf Grund der positiven Rechtsquellen allein berechtigten, realen, „lebenden Rechtes", welche eben das positive Gewohnheitsrecht des § 2 I 2 begreift und nicht ferner stört! — Der weitere Einwand endlich, daß der „Beweis" eines Gewohnheitsrechts Kosten verursacht, hängt wohl nur mit dem Gesagten zusammen! Weise man doch die Erforschung des Gewohnheitsrechts durch die Praxis nach Art des § 2 I 2 nicht aus unseren doktrinären Pandekten, bestreite man es nicht länger doktrinär. Hinke doch unsere Doktrin nicht blos der Praxis, dem Präjudize nach, sondern werfe sie ihr falsches Schulprincip über Bord, daß blos die gesammte Vergangenheit Recht zeige, kehre sie dies geradezu um, begreife sie selbst, daß alles Recht nicht auf Vergangenheit, sondern auf Leben, Gewohnheiten, auf deren Erfassen (§ 2 II a) mittels Rechtsquellen beruht, und forsche sie dann selbstthätig nach diesem lebenden Rechte, (was ja eine Doktrin, wie gezeigt, ebenso vermag, wie unsere Praxis § 3 IV 3), ganz wie dereinst die Theorie der Römer und zum Theil unsere eigene Doktrin in verflossenen Jahrhunderten noch gethan: — Dann stehen demnächst all' die Gewohnheitsrechte des § 2 I 2 bereits in unseren Pandekten, und viele Kosten des „Nachweises" wie Prozesse sind vermieden! Die historische Doktrin erst macht solche Prozesse und Kosten! Daß Prozesse: Beweise ꝛc. Kosten auch an sich noch erfordern, dies würde überdies gegen jedes Recht in's Feld geführt werden können! Der Bauer aber, der von einem Strolche jetzt aus seinem Besitzthum ꝛc. gejagt werden kann, weil das doktrinär historische Rechtswissen das Leben des Rechts nicht versteht, zahlt seine Prozeßkosten gern, wenn wir nur einmal einen vernünftigeren einheitlichen Besitzprozeß und ein lebendes Recht haben! (§ 9 Ziff. 2, S. 260 ff. § 4 A). Und das unwillkürlich geltende Gewohnheitsrecht ausschließen, weil sein Beweis Kosten verursache, hieße etwa: lieber auf alles Leben verzichten, weil auch die Anwendung einer Medicin „Kosten verursacht"!

d) Das Gesammtresultat? — Hier also haben wir ein neues

Digitized by Google

Beispiel einer „Aprioristik" vor uns, welche nun auch innerhalb der Gesetzgebung Recht „machen" wollte! A priori, aus Vernunftgründen soll auch hier die unwillkürliche Weltordnung der Geschichte und Gewohnheit im Rechte wegdekretiert werden! Daß eben auch hier die falsche „aprioristische" Naturrechtsanschauung, der Irrthum unserer beiden bisherigen doktrinären Rechtsschulen, daß der letzte Grund allen Rechtes Vernunft ohne Geschichte allein sei, hiezu geführt hat, geben die Motive selbst zu! (S. 639 f. mit 539 f.) Die bisherige allgemeine Erfahrung schon aber ist, (S. 640, a), daß sich die Rechtsquellen des Gesetzes und Gewohnheitsrechts an Kraft vollständig gleichstehen; daß also consequent die spätere Quelle die frühere aufheben muß! Das nun wiedr auch künftig das Schicksal einer aprioristischen Gesetzesbestimmung sein müssen, welche kommendes Gewohnheitsrecht für ewig aufheben will! Das Leben der Geschichte, das kommende Gewohnheitsrecht würde dröhnenden Schrittes über das Hindernis dieses, auf dem Papiere stehenden Gesetzesparagraphen, wie selbst über eine chinesische Mauer, das Hindernis zermalend, hinwegschreiten können! Wie? Dafür gibt Windscheid (Pand. 6. Aufl. § 18 am Schlusse seiner Note 3) sogar schon jetzt die Anleitung. Er läßt ersehen, wie das Gewohnheitsrecht zuvor die Gesetzesbestimmung aufheben wird, welche Gewohnheitsrecht verbietet. Dann wird dies Gewohnheitsrecht wieder wirken, wie zuvor! Voraussichtlich aber wird dies ganz unvermerkt und höchst einfach vor sich gehen. In einem flagranten Falle nämlich wird sich eben praktisch ergeben, daß eine ehrwürdige Uebung verkannt längst besteht, und so eine opinio »necessitalis« zwingen, ihr wieder zu folgen, wenn man nicht längstbestehende wohlerworbene Rechte gefährden will: In diesem einen Falle schon aber wird alsdann eine petitio principii für die Wiederanerkennung eines Gewohnheitsrechtes vorliegen: Denn, ist sein Gelten auch nur einmal wieder anerkannt, so ist der Gesetzesparagraph todt, welcher es verbietet; es bedarf dann der Versendung keines zweiten Pfeiles, um ihn nochmals zu tödten!

Damit schließen wir unsere, zwischen so manchem schweren Ernste und plaudernden Scherze wechselnden Untersuchungen über die Grundfrage einer „Schule" unseres geltenden Rechts: Wie finden wir auf positivem wie auf legislativem Gebiete ein reales, berechtigtes Recht? A priori mittels des Geistes des Naturrechts allein? Oder umgekehrt a priori durch den, zum Theil leblosen Körper einer vergangenen Geschichte einer historischen Schule allein? Oder endlich erfahrungsgemäß aus einem dritten Rechte, aus dem geschichtlich gegebenen, realen Leben des Rechts innerhalb einer jeweiligen Gegenwart, so, wie dessen Rechtsquellen unwillkürlich lebende Geschichte und Naturrecht suo loco organisch und allein berechtigt vermählen: Gehorchend dem Winke der Schöpfung und Gottheit, welche doch selbst den Körpern der Menschheit eine Seele eingehaucht? — Möge damit dem Rechtswissen einiger Dienst geleistet sein! —

Digitized by Google

# Druckfehler und Verbesserungen.

Seite IV Zeile 1 von oben des Vorwortes, statt geschichtlich lebender lies: geschichtlich jeweilig lebender; Zeile 4 statt Leben: jeweiliges Leben. — Im Texte Seite 50, Zeile 17 von oben; statt: „Begleiter, jener" lies: „Begleiter. So zwar, daß jener". — S. 52, Zeile 4 v. oben; statt: „haben" lies: „sahen". — S. 97, Zeile 12 von unten ist das Fragezeichen zu streichen. — S. 119, Zeile 6 von unten statt: „Nationalismus" lies: „Rationalismus". — S. 142 Zeile 14 von oben lies: Menenius. — S. 187, Ueberschrift statt § 1, 5 II lies: § 1, 9 II. — S. 238, Zeile 29 von oben statt: „interpretiert" lies: „interpoliert"; Zeile 41 von oben eod. statt „Eigenthumsweise" lies: „Eigenthumsbeweise". — S. 355, Z. 22 von oben statt „Renommisten" lies: „Romanisten". — S. 367, Zeile 2 von unten statt „romanistische" lies: „romantische". — S. 378, Zeile 1 von unten lies: „sachlichen". — S. 472, Zeile 23 von oben lies: „grenzen". — S. 495, Ueberschrift statt § 6 I lies: § 5 1. — S. 582, Zeile 3 von unten lies: 539 statt 339. —

Digitized by Google

# Register.

(Die römischen Zahlen bezeichnen die Seiten des Vorwortes, die arabischen die des Textes.)


Absolutes Recht (ratio scripta) existiert für Menschen nirgends. Nicht: in den sogen. Menschenrechten 77, nicht in Theorie 66, 75, 161, Praxis 79, röm. R. 577, Gesetzgebung 266 ꝛc. „Gegeben" im Rechte ist allein das Leben 24 ff., 153, 536, sich Bewegen 188 und der Stoffwechsel mit den Verhältnissen (mit der thatsächlichen Geschichte, den Ueberzeugungen und dem Begreifen) des Rs. 194 ff.

Academischer Unterricht, 165, 371 (380 ff., 463 ff.).

Actio in Rom 393, 519 f., 620.

Anarchie XII, 106, 111, 115.

Aprioristik als Krankheit unserer Zeit IX ff. 34—38, 74, 106 f., 112, 301, 411 ff., 425 ff., 599, 647. Geschichte der Aprioristik 108 ff., 29.

Archimedische (Angel-Cardinal-) Punkte einer Schule des Rs. 11, 511.

Aufgabe und Ziele dieser Unters. in Haupt- u. Nebensache 46 ff.

Baco (von Verulam) 29, 122, 555, 604.

Bähr als Träger einer prakt. Theorie 201.

Begreifen bewegt und ändert das pos. Recht 196 ff.

Besitzrecht 162, 199 f., 221 ff., 225 ff., 388 ff., 448, 506, 523; legislativ 613 ff. Besitzlitteratur des Verf. 225—226 Note* mit 228 Note 1.

Bismarck Fürst als Träger eines prakt. Rs. XIII, XXV ff., 94, 171, 416, 420.

Casuistische Darstellung des prakt. Rs. Grund ders. 189 f., 403.

Classisches Recht 26 f., 31, 62, 269 Ziff. 1, 511 ff.

Clique der histor. Schule 133 f., 183, 294 ff.

Common law und equity 170.

Communismus XII, 115, 411.

Communis opinio, ob Rsquelle 592 ff.

Concludente Uebung einer prakt. Schule in der Praxis 530 ff.

Construktion-Neubildung XXIV. Beispiele 192. Analogien 516. Materielle (Vereinigung von Geschichte und Naturrecht) und formelle Constr. 69 f., 185 ff., 506, 511 ff. Gegensatz: Subsumtion 185. Bricht möglicherweise mit der verg. Geschichte der hist. Schule 509 f. Trotzdem billigt sie Savigny 515. Zur Geschichte der Constr. 515, 185 ff.

Defloration sklage 30, 396.

Dernburg 354, 356, 357.

Detentionsrecht s. Besitzrecht.

Deutsches Privatrecht, Verhältnis zum prakt. R. 190 f., 408 f.

Doktrin der hist. Schule 61, 358 ff., 361 ff.

Doktrinarismus ist Aprioristik überhaupt, XII. Erste Invasion der Doktrinäre ins Recht 258. Schädigungen durch dieselben 366 ff., 380 ff., 387 ff., 460 ff.

Duplex jus in Rom 277 ff., 577.

Einigung von Theorie und Praxis 50 ff. Abstrakter Werth ders. 175. Werth für Leben und Praxis 366 ff., 380 ff., 460 ff., 605 ff. Bisherige Einigungsversuche 155 ff.

Einzelne Anwendungsfälle können ein ganzes Institut begründen 507.

Eklektik 145, 567 ff.

Emancipation von Theorie u. Praxis durch eine prakt. Schule 527.

Entstehung des Rs., Verwechslung mit Bestehen oder Gelten durch Sav. 207, 178.

Erfahrung (Empirie) als einzige Grundlage des pos. Rs. 29, 74 ff. (122, 555, 530 ff., 608 f.). Im Naturrecht 76, 104, 570 f.

Exakte Methode der Rsdarstellung ist allein die Beachtung der Rsquellen, welche eine Erfahrung als geltend zeigt, 557, 491 ff., 496 ff., 501 f.

Faktum, dessen Verwechslung mit Recht in Rom u. in der Gegenwart 400. Faktum ohne Recht ist nicht Gegenstand der Rswissenschaft 513; z. B. im Besitz 226, 244.

Fanatismus der hist. Schule 284 ff.

Feste (fixe) Rechtsstoffe 561.

Flavius Gnaeus scriba 60, 67, 147, 527.

Fluß der Geschichte 105, 214.

Flüssige Rechtsstoffe 562 ff.

Form des Rs., verschiedene Werthschätzung ders. in Theorie u. Praxis 68 ff., 397 ff., V.


Digitized by Google

Geist des Rechts neben dessen Körper IV, 527 ff., 540 ff.
Genossenschaft 162, 387 f., 448, 507 f., 524, legislativ 622.
Geschichte, Körper des Rs. neben geistigem Naturrechte IV, 527 ff., 537 ff., 542 ff. Begriff 591 ff. Zur Gesch. der Rechtsentwicklung 58 f., 188 ff., 215. Geschichte des prakt. Rs. 254 ff. Grund der Geltung der Geschichte: Princip der Stetigkeit 592 ff. Vergangene Geschichte 549. (S. auch Rechtsgeschichte).
Gesetzgebung, Berechtigung 502 Grund der Unvollkommenheit d. jetzigen Civilgesetzgebung 605 ff. Voraussetzung 605 ff., 608 ff. Z. Theil ungenügendes Surrogat für eine praktische Rechtswissenschaft XV. 611. Generelle oder fragmentarische Gesetzgebung? 630 ff. Jetzige Ausführbarkeit von Savigny's Vorschlag zur Nachahmung des prätor. Ediktes 632 ff.
Gewohnheitsrecht 592, 543, 561, 567; legislativ 635 ff.
Gleichnisse Savigny's zwischen Recht, Sitte, Sprache ꝛc. IV, 218 f.
Grenzlinie zwischen Naturrecht und Geschichte, empirisch 530 ff., 560 ff.; wissenschaftlich 570 ff., 591 ff.
Grund des Rs. im Allg. 66, 74, 76. Uranfang (letzter Grund, letzte Quelle) des Rs. 153, 539 f., 582 f., 639 f.
Grundprincipien einer prakt. Schule 151 ff., 527 ff.

Habermeierperiode Jherings 390, 64, 56.
Heutig römisches Recht Savigny's, Widerspruch mit sich selbst 214, 221.
Historische Rechtsschule 120 ff., ältere XX ff. Verhält. zur prakt. Schule 591 ff.; aprioristische Natur derf. X, 74, 78, 120; Probezeit 342; deren revolutionäre Natur XI, 469 ff., 387 ff.; im Staatsr. 134 f., 412 f., Kirchenrecht 433 ff.; deren sich nicht Bewähren inner= S. 213, wie außerhalb des Civilrs. 410 ff.; Anwendung von Naturrecht trotz ihres Bekämpfens 582 ff.; deren Romantik VII, 269 ff. und Fanatismus 284 ff.
Höhere Sittengef. 558, 559, 563, 590.
Humanismus 216, 261 f.

Jhering über die Praxis 168, 310; dessen frühere Litteratur 185 f., 353; im Besitze 248; dessen Umschwung zur realistischen Methode VI ff., 353.
Induktion XXXV ff., 29, 222, 491, 555 f.; im Naturrechte 572 f.; Vereinigung von induktiver und deduktiver Methode 30, 573.
Interdikt 239, 393 f., 620.
Internationales Recht 37, 406, 554.
Juristenrecht (wissenschaftliches und Naturrecht) ist Rechtsquelle 586.
Jus gentium 520, 576 ff.

Kampf ums Recht VIII, 209, 320 f., 492.
Körper des Rechts (Geschichte) 153, 542. Träger der Verkörperung 545; moralische 543, physische Verkörperung 544. Analogie des Körpers des Menschen und des Rs. 517 ff.
Kunst, deren Classicität ist verschieden von der des Rs. 271.

Landkarte, Gleichnis mit der thatsächlichen Darstellung des Rs. 452 f.
Leben des Rechts ist das Urbild für das prakt. R. 24 ff. 153, 536. Leben der Rsquellen 79, 539 ff. Bewegung des Lebens des Rs. 188 ff. Zur Geschichte des Erfassens des Lebens des Rs. 29 ff. Kein Mittelding zwischen Leben und vergangener Geschichte der hist. Schule 592.
Lehenrecht, dessen Construktion 204 ff. 389.
Litteratur für eine prakt. Schule 42. Ueberschreitung des Rubikon zwischen histor. und prakt. Schule durch unsere neueste Litteratur 352 ff.

Materieller Gehalt des Rs. 71 f., 397, 402 f.
Mechanisches Grundgesetz 152, 527 ff.
Menschenrechte 77, 558, 563.
Methode empirisch=induktive des prakt. Rs. s. Induktion. Zur Geschichte der Methode 29 ff. Methode dieser Untersuchungen 65 ff., 161 ff.
Mittelpartei nach Bekker XXIX, 419 f.
Montesquieu 555, 549, 554, 418, 422.
Musterlehre der hist. Schule 225, legislativ 607. Beispiele des mühsamen Erkennens der Neubildungen des prakt. Rechts, welche hier benützt worden (Schmerzengeld, Detentionsrecht, Genossenschaft) 162, XXXV, 506, 613. Sonstige Beispiele 192.

Naives Recht, Kritik des gesunden Menschenverstandes 344 f., 501 f.
Nationales R. 154, 554.
Naturrecht, empirisches, mit 76, 103 f., 570 f. und ohne Analogie 76, 571.

Digitized by Google

Ist Rechtsquelle als Juristenrecht 586, 559; regelmäßig subsidiäre und relative Geltung 558; ausnahmsweise primäre Rechtsquelle 588 ff., 559. Geschichte der Anwendung 574 ff. Grund der Geltung 528 f., 537.
Naturrechtsschulen 99 ff., 570 ff. Verschiedenheit von einer prakt. Schule 100, 570, 581. Scheinbares anfängliches sich Vertragen m. der Praxis 105, 606 (307), trotz fortwährenden Ueberwucherns 579, später als Extrem revolutionär 106, 411, 422 ff., XI ff.
Neutrale Rechtsstoffe 566.

Obsiegen einer prakt. Schule? 356, 601.
Oeffentliche Meinung, Zeitgeist als Rsquelle XXVIII. 417.
Opportunität einer prakt. Schule, trotz Bevorstehens einer d. Civilgesetzgebung 38 f., 449 ff.
Organisches Grundgesetz (Leben des Rs.) 152, 536.
Oertliches od. räumliches Grundgesetz 154, 554.

Paulus u. Ulpian über jus, quod est, XX. 31, 217, 458, 491.
Plauderei als abwechselnde Form dieser Untersuchungen XXXII, 39.
Politik als äußerer Entstehungsgrund der histor. Schule XXX, 84. Ohne Beachtung der Geschichte der Politik sind deshalb unsere bisherigen Rechtsschulen nicht zu verstehen XXVI. Recht als beste Politik IX, 97. Bismarck's polit. Rsbau als Vorbild für die Civilrechtswissenschaft XXV ff.
Positives Recht 46.
Possessorium 393, 239, legislativ 620.
Präjudiz, Begriff 458, Form 190, 402 f. 405, subsid. und relat. Berechtigung 505, 597. Gegensatz zum vergangenen Rechte der hist. Schule XXIV, 213, 192, als viva vox des sich bewegenden Lebens des Rs. XXI, 2 f., 81, 358. Dasselbe ist an sich nicht Rechtsquelle 25, 458, 592, sondern nur subsidiär berechtigt, soweit es dem Principe der Stetigkeit der Geschichte entspricht 595. Zur Geschichte seiner Geltung 597 ff. Grund des Anwachsens unserer Präjudiziensammlungen 514, XXII.
Praktisches Recht, Begriffe 48 f., IV, 140, 647. Geschichte dess. 66, 256 ff. Vermählt Geschichte und Naturrecht organisch suo loco 138 ff., 142, 537 ff. Dessen alleiniges thatsächliches Gelten III, 2, 4, 58 ff., 78 f., 257 ff., 356, selbst ohne Theorie 2 ff., 58 ff.; allmäliges theoretisches Obsiegen VI, 352 ff., 601. Nicht Recht der Praxis allein, sondern praktisches R. 184, 599. Uneigentlicher Name 602. Auch eine Theorie kann praktisch sein 599, 361 ff. und eine Praxis ist gleichfalls Theorie 455 ff. Dessen Verwechslung mit Naturrecht 87 ff. und als Folge hievon dessen Ausschluß durch Savigny's Schule 26, 211, 272, 293, 308, Uebergangsperiode 168. Ob Rechtsquelle? s. Präjudiz. Secundäres Gebilde, dessen Urbild das Leben und die Quellen des Rs. der Gegenwart sind 25 ff., 362. Schlichtet von jeher Revolutionen (Menenius Agrippa) VIII, XIII, 91 ff., 142, 416. Der Name durfte in der hist. Litteratur nicht genannt werden VIII, 310. Anklagen dess. seitens der bisherigen Schulen 492, 493. Prakt. Wissenschaft als Voraussetzung für eine Gesetzgebung 48, 605 ff., 488.
Praktische Rechtsschule 137 ff. § 5 bis 7. Technischer Begriff 178 ff., 602 ff. Werth einer solchen 172, 380 ff. Keine Neuerung 97 f. Die Römer waren aber zu deren theoretischer Darstellung noch nicht veranlaßt 14 f. Verschiedenheit von den Naturrechtsschulen 100, 137 ff., 570 ff., 581, und der histor. Schule 137 ff., 591 ff. Bewahrt (reale) Geschichte reiner als die histor. Schule 125, 591; bricht daher mit deren vergangener Geschichte 195, 208 f., 509 f. Ist nie in den übrigen Schulen aufgegangen 144, IV. Grundgesetze, materielle 151 ff., 527 ff., formale 555 f. Erste Veranlassung zu deren Erforschung 1 I, 5 ff.
Praxis, Uebersetzung mit Rechtsanwendung 160, 604. Deren Apathie 305 ff., 149. Die Praxis muß ihre Principien kennen lernen 63, 165 ff., 455; Fallmeisterei genügt nicht 169.
Principien des prakt. Rs. s. prakt. Rsschule. Wieweit solche bereits früher dargestellt 185. Principienreiterei ist verwerflich als Anwendung aprioristischer Principien; besser dann kein Princip und prakt. Takt 171.

Recht reales VII, 2, 78 f. Das Recht ist bald Arbeit 491, 374, 452 (196 ff.), bald Kampf 492.
Rechtsfall 513.

Digitized by Google

Rechtsgeschichte kann auch die Praxis nie entbehren 274, 277—282, 364, 569.
Rechtsinstitut 519.
Rechtsquelle, Begriff 545, Fundort 74. Deren Gelten im Civilrechte 557, 592, 491; im Staatsrechte XXVIII, 417, im Kirchenrechte 442. Die histor. Schule kennt andere Quellen, als die praktische 211. Rangordnung (Stufen-Reihenfolge) der Rsquellen 559, 590 bis 591, 597. (Siehe auch exakte Methode.)
Rechtsstoffe (Rsmaterien) 194 ff., 536 f. Feste, flüssige und neutrale Stoffe 561 ff.
Rechtswissenschaft, Entstehung einer solchen in Rom 59, 60.
Relative Natur des Rs. 558.
Revolutionäre Natur der beiden bisherigen Rsschulen IX—XIII, 85 ff., 95 ff., 105 ff., 122 ff., 411, 412, 441.
Römisches Recht war ein praktisches XX, 31, 49, 273 ff.; war in Deutschland nie ein gesetzliches 129 f., 273, sondern Gewohnheitsrecht 579 f., welches nie in complexu galt 130, 191, 258, 398. Früherer Vorschlag, es zum gesetzlichen gemeinen R. zu machen 449. Autorität nach einer d. Civilgesetzgebung 453 ff.
Romantik der histor. Schule V-II, 269 ff.
Routine 46 ff., 79.

Savigny als Cunktator XXII, 206, 217, 334. Seine Geschichte ist Litteratur- nicht Dogmengeschichte 275.
Schmerzengeld 162, als erste Veranlassung der Bekehrung des Verf. von der histor. zur prakt. Schule 6 ff. Construktion dess. 506, 522 f.; legislativ 613.
Schule im Allg. 1. Technischer Begriff 178. Abstrakter Werth 164. Werth für das Leben 380.
Schwanken des prakt. Rs. ohne Schule 174, 445.
Seuffert J. A. Epochemachende Bedeutung des Nachweises eines einheitlichen prakt. Rs. durch dessen Archiv XXIII. 264. Dessen casuistische Präjudizien bedürfen jetzt der Principien XXIII, 160, 354. Dessen Pandekten und der Werth seiner Bevorzugung des Inhaltes des Rs. 397.
Socialdemokratie XII, XIII, 113, 411.
Spaltung von Theorie und Praxis XX1, 65 ff., 82 ff., 188 ff., 254 ff. Besteht jetzt noch im Princip, nicht im casuistischen Präjudize fort 356.
Spiegel des Rs. 25 f., 32, 545.
Spitze des Rechtsbaues 162.
Staatserhaltende Natur des prakt. Rs. VIII, XIII, XXX, 91 ff., 142, 416.
Stintzing, dessen Geschichte 260 f. Historische Anschauungen 401, dessen Zukunftsbild 601.
Strafrecht ist bereits praktisches R. 410, 606. Dessen andere Darstellungsgrundsätze, als das Civilr. 328.
Strictum jus civile 59.
Strom und Strömung des Rs. 33 ff.
Surrogate für eine nothwendige prakt. Rswissenschaft XIV.
Synthetische Methode 29.
System 69, Bau desselben 517. Steckt in jedem lebenden Recht, wie mit ihm geboren 399.

Takt der erfahrenen Praktiker 171, 383, 531, XVI.
Technik= formale Construktion 511 ff., zu deren Geschichte 515, 556, 557.
Theorie, Gattungsbegriff für Doktrin und Praxis 156. Theorie ist auch die Praxis 156, 455 ff. Kein Nachhinken 337, 361 ff.

Uebergangsperiode der Gegenwart von einer histor. zur prakt. Schule XXII ff., 352 ff., 356 ff.
Urkunde ist nicht Grundlage des geltenden Rechts, sondern dessen quellengemäßes Leben 153, 401, 545 f., 546 ff.

Vergangene Geschichte erschiene als Schulprincip der histor. Schule, auch wenn sie dies nicht ausdrücklich ausspräche 206—212; ausdrückliches Geständnis dieses Schulprincipes 213. Erfahrungswidrigkeit desselben 154, § 2, 188 ff., 549 ff.
Verliegen (Verlegensein) in der Civilrechtspraxis 64 f. Beispiel 469 ff.
Volksgerichte 27, 404.

Zeitliches Grundgesetz (R. der Gegenwart an Stelle eines vergangenen) 154, 549 ff.

Druck von Seitz & Schauer in München.

Digitized by Google

Digitized by Google